Der staatliche Kredit

- Ein Beitrag zur Theorie und Praxis der Leistungsverwaltung -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

THOMAS ROSER

aus Stuttgart

1965

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

7999

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547601_0034

Der staatliche Kredit

- Ein Beitrag zur Theorie und Praxis der Leistungsverwaltung -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
THOMAS ROSER
aus Stuttgart

1965

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

U. UNIV. BIBLIOTHEK ZÜRICH

Dekan: Prof. Dr. Ferdinand ELSENER

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto BACHOF

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Günter DÜRIG

Tag der mündlichen Prüfung: 15.7.1964

INHALTSÜBERSICHT

Seite

INHALTSÜBERSICHT I

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS VI

VERZEICHNIS DER ANGEZOGENEN ENTSCHEIDUNGEN XVII

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XXI

EINLEITUNG 1

1. Gegenstand der Untersuchung
2. Ausgrenzungen
3. Der Subventionsbegriff

Erstes Kapitel: DIE STAATLICHE KREDIT-VERWALTUNG 8

11. Erscheinungsformen des staatlichen Kredits 8
111. Wohnungsbaukredite 8
112. Kredite für die gewerbliche Wirtschaft 9
113. Kredite für die Seefahrt, die Fischerei und den Schiffsbau 9
114. Kriegsfolgenkredite 10
115. Kredite zur Förderung der Landwirtschaft 10
116. Regionalförderungsmaßnahmen 10
117. Ausbildungsförderung 11

12. Verfahren und Verfahrensbeteiligte 11
121. Antragserfordernis 11
122. Entscheidung und Entscheidungsbefugnis 12
123. Verwaltung des Kredits 14
124. Der Refinanzierungskredit 16
125. Zinsverbilligungen 17
126. Zusammenfassung 17

		Seite
13.	Der Zweck staatlicher Kreditgewährung	17
131.	Fünf große Gruppen	18
	1311. Der primäre Sektor - 1312. Kriegsfolgenbeseitigung - 1313. Regionalförderung - 1314. Seefahrt und abhängige Wirtschaftszweige - 1315. Fürsorge für Sozialschwache	
132.	Der gemeinsame Sozialordnungszweck	20
133.	Folgerungen	21
134.	Aufgabenerfüllende und aufgabenübertragende Subventionen	22
14.	Staatlicher und privater Kredit	23
Zweites Kapitel:	DIE EINORDNUNG DES STAATLICHEN KREDITS IN DAS SYSTEM DES VERWALTUNGSHANDELNS	25
21.	Hoheitliche und fiskalische Staatstätigkeit	25
22.	Öffentliches Recht und Privatrecht	28
23.	Der öffentlichrechtliche Vertrag	30
Drittes Kapitel:	STAATLICHE KREDITGEWÄHRUNG ALS MATERIELLE HOHEITSVERWALTUNG	32
31.	Kreditgewährung ist Leistungsverwaltung	32
32.	Kreditgewährung ist Hoheitsverwaltung	34
321.	Negative Abgrenzung	34
322.	Positivistische Begründung	34
323.	Funktionelle Betrachtung	35
Viertes Kapitel:	DIE RECHTSFORM DES STAATLICHEN KREDITS	37

Seite

Fünftes Kapitel: DIE ZWEISTUFIGKEITSLEHRE 39

51. Ihre rechtssystematische Ausgestaltung 39
511. Die Beziehung zwischen Verwaltungsakt und Vertrag 40
512. Der Einfluß der öffentlichrechtlichen Stufe auf den privatrechtlichen Vertrag 41

52. Begründung der Zweistufigkeit 43
521. Begründung aus dem Verfahren 43
522. Die Notwendigkeit einer privatrechtlichen Stufe 44
5221. Interessenlage - 5222. Sachgerechtigkeit des Privatrechts - 5223. Ungeeignetheit des öffentlichen Rechts - 5224. Rechtsstaatliche Erwägungen
523. Die Notwendigkeit einer öffentlichrechtlichen Stufe 46
5231. Organisationsrechtliche Begründung - 5232. Begründung aus dem hoheitlichen Zweck - 5233. Nichtfiskalische Tätigkeit - 5234. Ausübung öffentlicher Gewalt
524. Zusammenfassung 50

53. Kritische Würdigung der Zweistufigkeitslehre 51
531. Verwaltungsakt und privatrechtlicher Vertrag 51
532. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Rechtsbeziehung 54
533. Die Unzulässigkeit gemischter Rechtsverhältnisse 56
534. Zurückweisung der verfahrensrechtlichen Argumente 58
535. Praktische Gründe sprechen gegen die Zweistufigkeitslehre 59

Sechstes Kapitel: DER STAATLICHE KREDIT ALS PRIVATRECHTLICHES DARLEHEN 64

Seite

Siebtes Kapitel: DER STAATLICHE KREDIT ALS ÖFFENTLICHRECHTLICHES RECHTSVERHÄLTNIS 66

71. Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger 67

72. Rechtsbeziehung zwischen Staat und Kreditinstitut 70

73. Rechtsbeziehung zwischen Kreditinstitut und Bürger 73

74. Die Stellung des eingeschalteten Kreditinstitutes 76

75. Zusammenfassung 80

Achtes Kapitel: DER BEWILLIGUNGSBESCHEID 82

81. Rechtliche Charakterisierung 82

82. Das subjektive öffentliche Recht auf den Kredit 83

83. Bindung an die Grundrechte 85

84. Nebenbestimmungen 85

85. Rücknahme und Widerruf des Bewilligungsbescheides 91

851. Zulässigkeit 91

852. Der Erstattungsanspruch 92

86. Der Rechtsschutz des Kreditnehmers 94

861. gegen unzulässige Auflagen 95

862. bei Verweigerung des Kredits 96

863. bei Untätigkeit des Staates 96

864. bei Verweigerung der Auszahlung eines bewilligten Kredits 96

865. bei Aufhebung des Kreditverhältnisses 97

866. gegen sonstige Entscheidungen im Rahmen des Kreditverhältnisses 98

867. Entscheidende Stelle 98

		Seite
Neuntes Kapitel: HAFTUNGSFRAGEN	.....	102
91. Die Haftung im Kreditverhältnis	.....	102
911. Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen	.....	102
912. Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff in das Recht am Kredit	.....	103
913. Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	.....	104
914. Haftung des Staates für das eingeschaltete Kreditinstitut	.....	106
92. Haftung des Kreditinstitutes	.....	106
93. Haftung gegenüber Dritten	.....	108
931. Haftung aus Amtspflichtverletzung	.....	108
932. Enteignung oder enteignungsgleicher Eingriff durch Verweigerung eines staatlichen Kredits	.....	109
933. Der Plangewährleistungsanspruch	.....	110
ZUSAMMENFASSUNG	.....	113
Lebenslauf		

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Alberty, Karl:	Das Vorkaufsrecht der gemeinnützigen Siedlungsunternehmen, Münster 1950.
Apelt, Willibalt:	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, AöR 84 (1959), 249.
Bachof, Otto:	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit. Vornahmeklage).
-	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVdStRL 12 (1953), 37.
-	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953, 417.
-	Anmerkung zum Urteil des BayVGH vom 8.11.1956, DÖV 1957, 243.
-	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83 (1958), 208.
-	Diskussionsbeitrag auf der Kölner Staatsrechtslehrertagung 1960, VVdStRL 19, 259.
-	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) Bd.4-12, JZ 1962, 350, 399, 433, 602, 630, 663, 701, 745.
-	Diskussionsbetrag auf dem Speyerer Staatswissenschaftlichen Fortbildungskurs, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Heft 13, Berlin 1962 S. 201.
Ballerstedt, Kurt:	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74 (1948), 129.
-	Wirtschaftsverfassungsrecht, im Handbuch der Grundrechte, Band III/1 (1958), 1 (zit. Wirtschaftsverfassungsrecht).
Baur, Fritz:	Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ 1963, 41.

Bellstedt, Christoph:	Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, 161.
Bitter, Georg:	Die Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke und -aufgaben, Erlanger iur. Dissertation 1955 (msch.).
Brossok, Eberhard:	Rechtsnatur gemeindlicher Baulandzusagen, NJW 1957, 1057.
Bullinger, Martin:	Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltung DÖV 1960, 746.
Clark, Colin:	The Conditions of Economic Progress, 3rd ed., London 1957.
Clasen, Heinrich:	Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis, DÖV 1959, 281.
Czermak, Fritz:	Gesetzmäßigkeit der Subventionsgewährung, NJW 1961, 1760.
Dickmann, Herbert:	Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, DÖV 1957, 278.
Dönhoff, Günther:	Übernahmeverträge bei Getreideeinfuhren, in Der Schiedsspruch Nr. 7, Beilage zum Ernährungsdienst Nr. 108 vom 19. 9. 1953.
Dressler, Jürgen:	Bericht über das deutsch-französische Juristentreffen in Baden-Baden 1961, NJW 1961, 1664.
Dürig, Günter:	Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956, 157.
Ebert, Arnold:	Gesetzliche Vorkaufsrechte der öffentlichen Hand, NJW 1956, 1621.
Ehlermann, Claus-Dieter:	Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberg 1957.
Ehrenfort, Werner:	2. Wohnungsbaugesetz, Kommentar, Köln, Berlin, Bonn 1958.

Ehrig, H.-G.:	Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1959, 217.
Erler, Georg:	Internationale Finanz- und Wirtschaftshilfe, in Festschrift für Herbert Kraus, Kitzingen 1954, 31. (zit. Erler, Krausfestschrift).
-	Grundprobleme des Internationalen Wirtschaftsrechts, Göttingen 1956 (zit. Erler, Grundprobleme).
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig:	Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 3. Aufl., München und Berlin 1962.
Fachinger, Josef:	Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Auflagen, DV 1949, 118 und 145.
Fiedler, Heinz A.:	Der Staat und seine Siedlungsträger, Berlin 1935.
Fischer, Jörg und Welter, Hilarius:	Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, 1185.
Fleiner, Fritz:	Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1906 (zit. Fleiner, Umbildung).
-	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit. Fleiner, Institutionen).
Flessa, Richard:	Das Wesen der Staatsbürgerschaft, NJW 1954, 538.
-	Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsakt, DVBl 1957, 81 und 118.
-	Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden, NJW 1958, 1276.
-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 6.6.1958, DÖV 1959, 106.
-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 23.7.1958, NJW 1959, 403.

Flessa, Richard:	Anmerkung zum Beschluß des BVerwG vom 9.6.1959 und zum Urteil des OVG Münster vom 19.12.1958 DVBl 1960, 137.
Forsthoff, Ernst:	Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938, in erweiterter Form abgedruckt in
-	Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959 (zit. Forsthoff, Rechtsfragen).
-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 24.10.1956 DVBl 1957, 724.
-	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 8. Aufl. München und Berlin 1961.
Friedrichs, Karl:	Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? ABürgerlR 42 (1916), 28.
Gygi, Fritz:	Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956.
Haarmann, Wennemar:	Das Zweite Wohnungsbaugesetz, DVBl 1956, 597.
Haas, Dieter:	Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl 1960, 303.
Hamann, Andreas:	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953 (zit. Hamann, Rechtsstaat).
-	Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 1953, 865.
-	Entschädigungsansprüche wegen Subventionsschäden, BB 1962, 505.
-	Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl 1963, 486.
Haueisen:	Erstattungsansprüche im öffentlichen Recht, NJW 1954, 977.
-	Nochmals: Erstattungsansprüche im öffentlichen Recht, NJW 1955, 212.

Haueisen:	Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 14.11.1956, DVBl 1957, 503.
Heinig, Kurt:	Das Budget, 2. Band Tübingen 1951.
Henze, Karl-Otto:	Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Heidelberg 1958.
Hochbaum, Monika:	Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, Baden-Baden und Bonn 1962.
Huber, Ernst Rudolf:	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage Tübingen 1. Band 1953, 2. Band 1954 (zit. E.R. Huber, WVerwR).
-	Über den Rechtsweg aus "Übernahmeverträgen" der Einfuhrlenkung, Bemerkungen zu BGHZ 20, 77 und BVerwGE 3, 305, DÖV 1956, 355.
-	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97, 135, 172 und 200.
Huber, Hans:	Das Staatsrecht des Interventionismus, ZschwR 70 (1951), 173.
Huber, Hans Rudolf:	Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, Zürcher iur. Diss. 1955.
Imboden, Max:	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958.
Ipsen, Hans Peter:	Enteignung und Sozialisierung VVdStRL 10, 74.
-	Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR 78 (1952), 284.
-	Diskussionsbeitrag auf der Marburger Staatsrechtslehrertagung 1952, VVdStRL 11, 129.
-	Staatliche Wirtschaftsintervention, Staatsverfassung und Wirtschaftsordnung, JZ 1952, 759.
-	Gleichheit, im Handbuch der Grundrechte, Band II Berlin 1954, 111 (zit. Ipsen, Gleichheit).

Ipsen, Hans Peter:	Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhrlenkung, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955 (zit. Ipsen, Jellinekgedächtnisschrift).
-	Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl 1956, 461, 498 und 602.
-	Besprechung von Imboden: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, VerwA 50 (1959), 94.
-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 31.8.1961 DVBl 1962, 136.
Isay, Rudolf:	Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung, in Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, 403.
Jacobi, Erwin:	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
Jellinek, Walter:	Verwaltungsrecht, 3. Auflage Berlin 1931.
Jentsch, Ulrich:	Zum Begriff des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, 299.
Jesch, Dietrich:	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961.
Kegel, Gerhard:	Rohstoff- u. Rüstungskredite, JZ 1951, 385.
Köttgen, Arnold:	Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgabenwirtschaft des Bundes, Der Städtetag 1952, 3.
-	Subventionen als Mittel der Verwaltung DVBl 1953, 485.
Kroeber, Wilhelm:	Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsakts, Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Heft 27, Stuttgart 1931.
Krüger, Herbert:	Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BB 1953, 565.
-	Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, 380, 450 und 518 (zit. Krüger, Auflage).
-	Das besondere Gewaltverhältnis, VVdStRL 15 (1957), 109.

Kunze, Richard:	Möglichkeiten schöpferischer Gestaltung durch Verwaltungshandeln, DVBl 1960, 308.
Larenz, Karl:	Lehrbuch des Schuldrechts, Berlin und München, 1. Band, 5. Auflage 1962, 2. Band, 5. Aufl. 1962.
Lassar, Gerhard:	Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin 1921.
Lehmann, Heinrich:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Auflage, Berlin 1962.
Lerche, Peter:	Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, DÖV 1961, 486.
Mallmann, Walter:	Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVdStRL 19 (1960), 165.
von Mangold, Hermann:	Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwA 37 (1932), 101.
von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich:	Das Bonner Grundgesetz, Band I, Berlin und Frankfurt/M. 1957.
Marbach, Fritz:	Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, Bern o. J. (1950).
Masoin, Maurice:	Die öffentlichen Ausgaben, im Handbuch der Finanzwissenschaft Band II, 2. Auflage, Tübingen 1956, 2.
Maunz, Theodor:	Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVerwBl 1962, 1.
Maunz, Theodor - Dürig, Günter:	Grundgesetz, München und Berlin 1960.
Mayer, Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Auflage, München und Berlin 1924.
Meier-Branecke, H.:	Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, AöR 50 (1926), 230.
Meinhold, Wilhelm:	Art. Subventionen, im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HDSW) 10, 236 (1959).

Menger, Christian-Friedrich:	Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl 1960, 297.
-	Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, 587.
Molitor, Erich:	Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949.
von Münch, Ingo:	Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AöR 85 (1960), 270.
Neumann, Peter:	Wirtschaftslenkende Verwaltung, Stuttgart 1959.
Obermayer, Klaus:	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 7.3.1958, NJW 1958, 1107.
-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 31. 8.1961, JZ 1962, 376.
Osterwalder, Max:	Die Exportrisikogarantie des Bundes, Berner iur. Dissertation 1944.
Palandt, Otto:	Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberechtigungsgesetz, Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, 21. Auflage, München und Berlin 1962.
Raiser, Ludwig:	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465.
Reuter, Niels:	Das Recht der staatlichen Ausfuhrförderung, Göttingen 1959.
Römer, Hans:	Abwicklung reichsverbürgter Kredite, BB 1950, 97.
Rupp, Hans Heinrich:	Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl 1958, 113.
Rutz, Karl:	Staatliche Subventionen an private Unternehmungen, Zürcher wirtschaftswissenschaftliche Dissertation 1948.
Salzwedel, Jürgen:	Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages, Berlin 1958.

Schaumann, Wilfried:	Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 110.
Scheuner, Ulrich:	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStRL 11 (1952), 1.
-	Besprechung von Ipsen: Öffentliche Subventionierung Privater, DÖV 1957, 383.
Schindler, Dietrich:	Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, Zürcher iur. Dissertation 1951.
Schoen, Xaver:	Besprechung von Hamann: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, DÖV 1953, 612.
Schüle, Adolf:	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStRL 11 (1952), 75.
Schultz-Sponholz, Heinz:	Das Vorkaufsrecht in der Enteignungsgesetzgebung, Quakenbrück i.H. 1935.
Schunck, E. - De Clerck, H.:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961.
Siebert, Wolfgang:	Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in Festschrift für Hans Niedermayer, Göttingen 1953, 215.
Spahn, Franz Josef:	Die Einschaltung der Kreditinstitute bei Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz, Frankfurt/M. 1958.
Spanner, Hans:	Besprechung vom Imboden: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, und Salzwedel: Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrags, DVBl 1958, 724.
Stern, Klaus:	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichrechtlichen Vertrags, VerwA 49 (1958), 106.
-	Besprechung von Spahn: Einschaltung der Kreditinstitute bei Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsrecht, JZ 1959, 510.
-	Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, 518 und 557.

Stern, Klaus:	Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, 325.
Stöcker, Hans Jürgen:	Bürgschaften und Garantien des Staates, Hamburger iur. Dissertation 1956.
Strickrodt, Georg:	Das Subventionsthema in der Steuerpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Landwirtschaft, Berlin 1960.
Sulser, Karl:	Bedingung und Auflage, Zürcher iur. Dissertation 1919.
Tezner, Friedr.:	Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, AöR 9 (1884), 325 und 489.
Thieme, Werner:	Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, 521.
Ule, Carl Hermann:	Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kön und Berlin 1960.
Welter, Hilarius:	Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, 493.
Werner, Paul:	Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Heft 13, Berlin 1962, S. 97.
Witten, Egmont:	Subventionen in der Rechtsprechung, DVBl 1958, 699.
Wolff, Hans-Julius:	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), 205.
-	Verwaltungsrecht I, 2. Auflage, München und Berlin 1958. (zit. Wolff VerwR I).
-	Verwaltungsrecht II, München und Berlin 1962 (zit. Wolff VerwR II).
Zeidler, Karl:	Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVdStRL 19 (1960), 208.
Zuleeg, Manfred:	Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakt? Erlanger iur. Dissertation 1959.

Zuleeg, Manfred: Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NJW 1962, 2231.

VERZEICHNIS DER ANGEZOGENEN ENTSCHEIDUNGEN

1. Bundesverfassungsgericht

Urteil vom 30. 4.1952 (IBvR 14,25,167/52) = BVerfGE 1,264 (+)
- - 1. 7.1953 (I BvL 23/51) = BVerfGe 2,380
- - 20. 7.1954 (I BvR 459/52 u.a.) = BVerfGE 4,7 = NJW 1954,1235
- - 28. 2.1961 (2 BvG 1 u. 2/60) = BVerfGE 12,205 = DÖV 1961, 504

2. Bundesverwaltungsgericht

- - 12. 1.1955 (V C 107/54) = BVerWGE 1,308 = DÖV 1955,506
= DVBl 1955,258 = MDR 1955,313
= NJW 1955,437

Beschl. - 8. 5.1956 (IV C 7/55) = NJW 1956,1251

Urteil 24.10.1956 (V C 236/54) = NJW 1957,555

- 19.12.1956 (V C 118/55) = BVerwGE 4,125 = NJW 1957,1205

- 26. 6.1957 (V C 109/56) = NJW 1957,1610

- 28. 6.1957 (IV C 235/56) = DVBl 1958,56 = DÖV 1957,911
= NJW 1958,154 (mit Anm. Haueisen)

- 25.10.1957 (III C 370/56) = DVBl 1958,285 = DÖV 1958,178

- 16. 1.1958 (III C 200/56) = BVerwGE 6,117

- 7. 3.1958 (VII C 8/57) = BVerwGE 6,244 = DÖV 1958,419
= NJW 1958,1107

- 6. 6.1958 (VII C 227/57) = BVerwGE 7,89 = DÖV 1958,667
= MRD 1958,868 = NJW 1959,115

- 23. 7.1958 (V C 328/56) = BVerwGE 7,180 = BB 1958,1225
= DVBl 1958,869 = NJW 1958,2128
= NJW 1959,403 (mit Anm. Flessa)

- 19.12.1958 (VII C 204/57) = NJW 1959,1098 = DVBl 1958,573
= DÖV 1959,706 = MDR 1959,602

(+) Die Entscheidungen werden nach der unterstrichenen Fundstelle zitiert.

Beschl. 9. 6.1959 (IV B 200/58 IV C 342/58) = DVBl 1959, 665
= DVBl 1960, 137 (mit Anm. Flessa)

Urteil vom 10.12.1959 (III C 202/58) = BVerwGE 10, 64
- - 6. 5.1960 (VII C 57/59) = BVerwGE 10, 274 = JZ 1961, 706 (mit Anm. Lerche)
- - 18.11.1960 (V C 36/60) = VerwRspr 13, 629
- - 31. 8.1961 (VIII C 6/60) = BVerwGE 13, 47 = JZ 1962, 374 (mit Anm. Obermayer)
= DVBl 1961, 134 (mit Anm. Ipsen)
- - 23. 1.1962 (III C 203/60) = BVerwGE 13, 307 = NJW 62, 830

3. Bundesgerichtshof

Urteil vom 23. 4.1951 (IV ZR 158/50) = BGHZ 2, 37 = NJW 1952, 219
- - 26.10.1951 (I ZR 8/51) = BGHZ 3, 270
- - 13.12.1951 (III ZR 144/50) = BGHZ 4, 138 = NJW 1952, 382
- - 20.12.1951 (IV ZR 163/50) = BGHZ 4, 266 = NJW 1952, 466
- - 19. 4.1952 (III ZR 113/51) = BGHZ 6, 304
Großer Zivilsenat, Beschluß vom 10.6.1952 (GSZ 2/52) = BGHZ 6, 270
Urteil vom 31.10.1952 (V ZR 153/51) = NJW 1953, 582
Beschl. - 7.12.1954 (V BLw 47/54) = BB 1955, 8
Urteil - 5. 5.1955 (III ZR 252/53) = NJW 1955, 1835
- - 30.11.1955 (VI ZR 100/54) = DVBl 1956, 454
- - 23. 2.1956 (III ZR 324/54) = BGHZ 20, 102
- - 28. 1.1957 (III ZR 141/55) = BGHZ 23, 157
- - 12. 2.1957 (VIII ZR 29/56) = BBauBl 1957, 524
- - 11. 4.1957 (III ZR 239/55) = BGHZ 24, 100
- - 30. 4.1959 (III ZR 24/58) = DÖV 1959, 710 = BB 1959, 754
= NJW 1959, 1429

4. Reichsgericht

Urteil vom 26. 9.1925 (V 570/24) = RGZ 111, 298
- - 18. 2.1932 (VIII 537/31) = RGZ 135, 242
- - 10. 1.1933 (VII 312/32) = RGZ 139, 177
- - 19. 1.1940 (III 75/39) = RGZ 162, 364
- - 17. 1.1940 (II 82/39) = RGZ 163, 21

5. Ländergerichte

Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Entsch. vom 20. 6.1956 (Vf 87-VII-53) = BayVerwBl 1956, 274
- - 28. 9.1960 (Vf 146-VI-56) = DÖV 1960, 833

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Urteil vom 12.10.1950 (280 II 48) = VerwRspr 3, 316

Oberverwaltungsgericht Berlin
Urteil vom 9.11.1954 (III B 195/53) = JR 1955, 75
- - 14.11.1956 (VII B 12/56) = DVBl 1957, 503 (mit Anm. Haueisen)
- - 29.10.1959 (VI B 116/58) = DVBl 1961, 209

Oberverwaltungsgericht Hamburg
Urteil vom 4. 8.1959 (Bf III 73/58) = BBauBl 1959, 642

Hessischer Verwaltungsgerichtshof
Urteil vom 21.12.1956 (OS I 211/54) = ESVGH 6, 231

Oberverwaltungsgericht Münster
Beschl. vom 27. 3.1953 (VI B 582/51) = VerwRspr 5, 874 = DÖV 1953, 703 = DVBl 1953, 578

Urteil vom 26. 7.1955 (II A 1201/54) n.r. = BBauBl 1955, 577
- - 25. 1.1957 (II A 22/56) = BBauBl 1957, 629
- - 20. 3.1957 (III A 1285/55) = DÖV 1957, 374
Beschl. vom 9. 5.1958 (II A 1460/57) = DWW 1958, 216
Urteil vom 19.12.1958 (II A 983/58) = OVGE 14, 274 = DVBl 1959, 665 = MDR 1959, 427 = VerwRspr 11, 1026
- - 23. 6.1960 (VII A 1138/58) = DÖV 1960, 798 = VerwRspr. 13, 398

Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz
Urteil vom 8. 6.1954 (2 A 79/53) = JZ 1955, 16

Oberverwaltungsgericht der Saar
Urteil vom 6. 5.1959 (I M 13/57) = AS 7, 231 = DÖV 1959, 708

Verwaltungsgerichtshof Stuttgart (Karlsruher Senat)
Urteil vom 28. 1.1958 (3 K 5/57) = BBauBl 1959,19

Verwaltungsgericht Frankfurt/M
Urteil vom 22. 4.1960 (II/2-787/58) = BB 1960,1040

Landesverwaltungsgericht Hamburg
Urteil vom 22.12.1953 (VI 6 VG 711/52) = BBauBl 1954,495

Landesverwaltungsgericht Koblenz
Urteil vom 18. 2.1954 (1 C 55/53) = BBauBl 1954,177

Oberlandesgericht Schleswig
Urteil vom 7. 7.1949 (2 W 134/49) = JR 1950,24

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.A.	anderer Ansicht
AbürgerlR	Archiv des bürgerlichen Rechts
AGew-DB	Durchführungsbestimmungen des Bundesausgleichsamts zur Weisung über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe
AGew-KI	Bestimmungen des Hauptamtes für Soforthilfe für die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe und bei Arbeitsplatzdarlehen
AGew-Weisung	Weisung des Bundesausgleichsamtes über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe
ALw-Weisung	Weisung des Bundesausgleichsamtes über Aufbaudarlehen in der Landwirtschaft
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichtes Saar
AWoBau-KI	Bestimmungen über die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen für den Wohnungsbau
BAA	Bundesausgleichsamt
BAnz	Bundesanzeiger
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BBauBl	Bundesbaublatt
BEvG	Bundesevakuiertengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BMELF	Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Bundesvertriebenengesetz
BVwVG	Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz
BWMBl	Ministerialblatt des Bundesministers für Wirtschaft
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
ERP	European Recovery Program
ES	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Stuttgart
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
h. M.	herrschende Meinung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
LVG	Landesverwaltungsgericht
LwSiedlungsG	Landwirtschaftliches Siedlungsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MecklZ	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft
MinBl	Ministerialblatt
MtBl BAA	Mitteilungsblatt des Bundesausgleichsamts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Lüneburg und Münster
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts
VerwA	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
WoBauG	Wohnungsbaugesetz
WVerwR	Wirtschaftsverwaltungsrecht
ZschwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Einleitung

1. Mit dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges hat für Deutschland eine historische Entwicklung begonnen, die seine wirklich oder auch nur scheinbar im Gleichgewicht befindliche Gesellschaft so schweren Belastungen und oft gewaltsamen Veränderungen ausgesetzt hat, daß sie nicht mehr in der Lage war, sich aus eigener Kraft wieder zu ordnen, zu erhalten oder gar weiterzuentwickeln. Diese Aufgabe ist damit dem Staat als der stärksten Machtkomponente "im Staat" zugefallen, und von seinen ordnenden, unterstützenden und lenkenden Maßnahmen ist die deutsche Gesellschaftsordnung seither in wachsendem Umfange abhängig (1). Heute kann es sich nicht mehr darum handeln, diese Entwicklung zu begrüßen oder zu bedauern, sie ist als Faktum hinzunehmen.

   Unter den Mitteln, derer sich der Staat zu seiner Korrektur der Sozialordnung bedient, kommt der Gewährung von Krediten an die Bürger besondere Bedeutung zu; der Kredit verbindet den Vorteil der unmittelbaren Hilfeleistung durch die Bereitstellung von Geldmitteln mit dem aus der Rückzahlungspflicht resultierenden Anreiz zur Bewahrung und Mehrung des Erhaltenen.

   Dieser staatliche Kredit - im Gegensatz zu dem vom Staat aufgenommenen Staatskredit - bildet den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Für die Rechtswissenschaft ist er unter vielfältigen Gesichtspunkten von Interesse; hier soll die Untersuchung aber in der Weise eingeengt werden, daß der verwaltungstechnische Aspekt im Mittelpunkt steht. Die folgenden Ausführungen haben dabei nicht den Ehrgeiz, grundlegend neues zum Wesen der Verwaltung im modernen Staat zu sagen. Worauf es ihnen ankommt, ist, einige Tatsachen, die das Bild der Beziehungen zwischen dem Staat und dem Empfänger seiner Kredite prägen, in ihrer Bedeutung herauszuarbeiten und in ihrer rechtlichen Konsequenz zu Ende zu denken.

2. Durch diese Begrenzung der Thematik scheiden einige Probleme aus dem Kreis der Betrachtung aus, deren Erwähnung dennoch notwendig ist, um das Bild der staatlichen Kreditgewährung abzurunden.

---

(1) Vergl. zu dieser Entwicklung Forsthoffs Schrift über Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, in der auch zwei Kapitel aus dem 1938 erschienenen Werk "Die Verwaltung als Leistungsträger" enthalten sind.

Mit der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit staatlicher Kredite befaßt sich die Rechtswissenschaft aus zwei Gründen besonders intensiv (2):

(a) Soweit staatliche Kredite Teilnehmern am Produktionsprozeß gewährt werden, stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Staat bei Interventionen in die Wirtschaft an eine bestimmte Wirtschaftsverfassung gebunden ist (3). In seinem Urteil zur Investitionshilfe hat das Bundesverfassungsgericht diese Frage dahin entschieden, daß das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral in dem Sinne ist, "dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäss erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, soweit er dabei das Grundgesetz beachtet" (4).

(b) Daneben ist streitig, ob die Vergabe von staatlichen Krediten nur auf gesetzlicher Grundlage möglich ist (5), oder ob dies auch im Wege der sog. Fondswirtschaft, d.h. durch einfache Bereitstellung von Mitteln im Haushaltsplan zulässig ist (6).

Die Zugehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu den Europäischen Gemeinschaften (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Europäische

---

(2) Auch Jesch (a.a.O. 183 f.) unterscheidet zwischen diesen beiden Aspekten der verfassungsrechtlichen Frage.

(3) Vergl. die Übersicht über die hierzu vertretenen Auffassungen bei Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht 49 f., und E.R. Huber, DÖV 1956, 97 f.; grundsätzlich zum Verhältnis von Interventionismus und Konstitutionalismus H. Huber, ZschwR 70, 173.

(4) BVerfGE 4, 7 (17 f.).

(5) So die im Schrifttum wohl herrschende Meinung: Krüger, Auflage 451; Forsthoff, DVBl 1957, 724; Stern, VerwA 49, 140, JZ 1960, 523 und DÖV 1961, 325 (329); Bellstedt, DÖV 1961, 168; Czermak, NJW 1961, 1760.

(6) So die Praxis, vergl. §§ 5 und 6 des Landwirtschaftsgesetzes und, im Anschluß an Bachof, VVdStRL 12, 63, das BVerwG (NJW 1959, 1098); ebenso Kottgen, Städtetag 1952, 3; Scheuner, VVdStRL 11, 40 f.; Strickrodt a.a.O. 71; Witten DVBl 1958, 699 f.; eine Mittelmeinung vertritt Jesch (a.a.O. 204), der zwar kein Gesetz, aber eine parlamentarische Ermächtigung fordert.
Art. 115 Abs. 2 GG spielt bei dieser Diskussion keine wesentliche Rolle, da die h.M. ihn als haushaltsrechtliche Vorschrift ohne Außenwirkung ansieht: Flessa NJW 1954, 539; Henze a.a.O. 22; a.A. Hamann BB 1953, 865.

Wirtschaftsgemeinschaft und Europäische Atomgemeinschaft) bringt es mit sich, daß die staatlichen Kredite heute auch unter dem Gesichtspunkt ihrer Vereinbarkeit mit diesen Verträgen geprüft werden müssen:

(a) Art. 4, Buchstabe c des EGKS-Vertrages erklärt Beihilfen und Subventionen an die Kohle und Stahl erzeugende Industrie für abgeschafft und verboten;

(b) Art. 92 des EWG-Vertrages verpflichtet die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Beihilfen zugunsten einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, weil sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, abzuschaffen.

Da auch staatliche Kredite Beihilfen im Sinne dieser Vorschriften sein können, sind die Organe der Gemeinschaften unter Umständen befugt, gegen ihre Vergabe einzuschreiten (7).

Weiterhin müssen unberücksichtigt bleiben einerseits die Kredite des Staates an andere Volkerrechtssubjekte, andererseits die Kredite der überstaatlichen Gemeinschaften an Einzelne (8), da die Arbeit sich nur mit staatlichen Krediten an Einzelne beschäftigt.

Aus dem Kreis der Betrachtung scheiden schließlich die Kredite aus, die der Staat seinen Bediensteten insbesondere zum Zwecke des Wohnungsbaus zukommen läßt (9). Hierbei handelt es sich um staatliche Leistungen im Rahmen der beamten- oder arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht des Staates; ihre Untersuchung gehört daher in das öffentliche Dienstrecht, nicht aber in eine Arbeit, die das Verhältnis des Staates zu dem im allgemeinen Gewaltverhältnis stehenden Bürger zum Gegenstand hat.

3. Wo die Rechtswissenschaft sich mit der Problematik des staatlichen Kredites befaßt hat, hat sie ihn immer im Rahmen einer Gruppe von staatlichen

---

(7) Vergl. zu diesem Problemkreis M. Hochbaum: Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, sowie das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 23.2.1961 (ES VII, 3).

(8) Art. 54 ff. EGKS-Vertrag und Art. 130 EWG-Vertrag.

(9) Richtlinien des Bundesministers für Wohnungsbau zur Forderung der Errichtung und des Erwerbs von Familienheimen und Eigentumswohnungen durch Bundesbedienstete in der Fassung vom 20.9.1961 (BBauBl 1962, 29).

Leistungen zugunsten Privater gesehen, die als Subventionen bezeichnet werden (10).

Was eine Subvention im rechtlichen Sinne ist, läßt sich nicht in einer knappen Formel feststellen. Die Definitionsversuche sind Legion (11), und

---

(10) Vergl. die grundlegenden Arbeiten von Ipsen, Henze und Zuleeg.

(11) "Subventionen sind indirekte Mittel der Lenkung, bei der der Staat private Unternehmer oder Wirtschaftszweige durch Gewährung von Zuschüssen oder sonstigen Vorteilen fördert", Scheuner VVdStRL 11,40; "Subvention ist die Förderung, die ein Träger öffentlicher Verwaltung in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Zwecke einem Unternehmen (im weitesten Sinne) zur Stärkung seiner Leistungskraft zukommen läßt", Siebert a.a.O. 235; "Subvention im weitesten Sinne des Wortes ist die unbedingte und vor allem die bedingte Förderung eines Dritten durch die Verwaltung", Köttgen DVBl 1953, 485; Subventionen im Sinne dieser Arbeit sind "nur die finanziellen Leistungen des Staates ..., die mit einer Rückzahlungspflicht des Empfängers nicht verbunden sind", Henze a.a.O. 29; "Subventionen sind öffentlichrechtliche Leistungen des Staates, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zweckes gewährt werden", BVerwG NJW 1959,1098; "Die Subventionen im Rechtssinn kann begrifflich dahingehend umschrieben werden, daß sie unentgeltlich gegeben wird, ihr unmittelbarer Erfolg für den Empfänger einen Vermögenszuwachs bedeutet, während ihre Funktion für die öffentliche Verwaltung, die sie gewährt, in der Erzielung eines bestimmten Interventionserfolges öffentlichen Interesses liegt", OVG Saar AS 7,231; "Subventionen im juristischen Sinne sind demnach unmittelbare Förderungsmassnahmen in Form von verlorenen Zuschüssen, Krediten, Bürgschaften, Refinanzierungszusagen und Gewährleistungen eines Hoheitsträgers in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Zwecke zugunsten eines Privaten, mit Ausnahme von Fürsorge- und Versorgungsleistungen sowie anderen Zuwendungen, für die bereits eine ausgeprägte öffentlichrechtliche Rechtsform vorhanden ist", Zuleeg 12; "Subventionen sind von Hoheitsträgern unmittelbar an Unternehmen zu Produktionszwecken gewährte finanzielle Sonderunterstützungen, die in die marktwirtschaftliche Wettbewerbslage eingreifen und eine Änderung des freien Zustandekommens von Sozialprodukt und Einkommen bewirken", Stern, JZ 1960, 521; Begrifflich ist die Subvention eine Geldleistung des Staates an einen Privaten (Unternehmer oder Verbraucher), mit der ein bestimmter, im öffentlichen Interesse liegender Zweck gefördert werden soll", Bellstedt, DÖV 1961,161; "Subventionen

manche Autoren halten einen juristischen Subventionsbegriff für ein Ding der Unmöglichkeit (12).

Jedenfalls hat seine Verwendung aber zwei Schwierigkeiten zur Folge:
(a) Einmal können in den Kreis der Betrachtung unter Subventionsgesichtspunkten nur diejenigen Kredite einbezogen werden, die erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen gewährt werden (13).

---

sind - ohne Gegenleistung - gewährte vermögenswerte Leistungen des Staates an private Wirtschaftstreibende, die aufgrund freier, d.h. nicht als zwingende Folgerungen aus dem Gleichheitssatz oder dem Sozialstaatsgebot anzusehender wirtschaftspolitischer Entscheidungen gewährt werden und dem Empfänger die Möglichkeit verschaffen sollen, sich wirtschaftlich auszuweiten", Hamann DVBl 1963, 493.

In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur finden sich folgende Definitionen: "Die Subventionen lassen sich definieren als diejenigen Ausgaben öffentlicher Körperschaften, die privaten oder öffentlichen Produktionsunternehmungen zufließen und nicht als wirtschaftlicher Gegenwert von Gütern oder Leistungen ihrer Nutznießer angesehen werden können. Die Tatsache, daß Subventionen keinen unmittelbaren Gegenwert für den Staat mit sich bringen, reiht sie in die Gruppe der Verteilungsausgaben ein. Daß sie Produktionsunternehmungen vorbehalten sind, scheidet sie von den sozialen Unterstützungen, die dem Verbrauch seitens der Haushaltungen zugute kommen. So stellen Subventionen eine Sonderart von öffentlichen Ausgaben dar", Masoin 2; "Subventionen sind geldliche Zuschüsse, die öffentliche Körperschaften an Unternehmungen der Marktwirtschaft zu Produktionszwecken gewähren, ohne dafür entsprechende marktwerte Gegenleistungen in Anspruch zu nehmen", Rutz a.a.O. 14; "Subventionen sind alle jene Staatsausgaben, die privaten oder öffentlichen Erwerbsbetrieben zufließen und nicht als marktwirtschaftliches Entgelt für empfangene Güter und Leistungen aufzufassen sind", Heinig a.a.O. 335; Subventionen sind "geldliche oder geldwerte Zuschüsse, die seitens öffentlicher Körperschaften oder Anstalten ohne marktmäßige Gegenleistung erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen gewährt werden", Meinhold a.a.O. 237.

(12) Ipsen, DVBl 1956, 462, gibt nur eine Aufzählung der Subventionsformen und Welter, BB 1962, 493 und 1185, bestreitet überhaupt die Möglichkeit einer rechtswissenschaftlichen Definition.

(13) ganz h.M., vergl. Meinhold a.a.O. 237.

(b) Zum anderen bildet er einen Sammelbegriff für Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, in dessen Rahmen der staatliche Kredit mit staatlichen Begünstigungen in der Form verlorener Zuschüsse - in allen ihren Varianten, wie Zinsverbilligungen, Steuerverzicht, Tarifermäßigung, Überzahlung öffentlicher Aufträge - und Gewährleistungen aller Art zu einer rechtssystematischen Einheit zusammengefaßt wird. Die Notwendigkeit dieser Zusammenfassung muß ernstlich in Zweifel gezogen werden. Ein Begriff, der aus der Vielzahl staatlicher Leistungen zugunsten Einzelner diejenigen heraushebt, die an Subjekte des Wirtschaftslebens gewährt werden, hat dort keine Daseinsberechtigung, wo es darum geht, die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen dem "Staat als Leistungsträger" (Forsthoff) und dem Bürger zu untersuchen. Damit soll die Bedeutung des Subventionsbegriffes für die Rechtswissenschaft nicht völlig geleugnet werden. Dort wo, wie im Recht der Europäischen Gemeinschaften, an den Begriff der Beihilfe rechtliche Folgen geknüpft sind, behält er seine Gültigkeit (14); aber gerade, wo es darum geht, einen wirtschaftlichen Interventionstatbestand zu erfassen, wird deutlich, daß der Subventionsbegriff radikal vom Begriff der staatlichen Leistungen gelöst werden muß, da auch Tatbestände dem vertraglichen Beihilfeverbot unterfallen, in denen eine positive staatliche Leistung nicht erbracht wird. Dasselbe zeigt sich im Wirtschaftsverfassungsrecht; auch hier kann es von Interesse sein, die Maßnahmen der staatlichen Wirtschaftslenkung in direkte und indirekte Interventionen aufzugliedern und unter letzteren die Maßnahmen, bei denen das gewünschte Verhalten des Einzelnen durch wirtschaftlichen Anreiz zu erreichen versucht wird, als Subventionen zu bezeichnen (15). Auch hier wäre es jedoch verfehlt, diesen Begriff so zu verstehen, daß er nur positive Leistungen des Staates umfaßt. Wo die bei diesen entstehende Beziehungsstruktur rechtlich erfaßt werden soll, schafft der Subventionsbegriff dagegen nur Verwirrung. Es besteht keinerlei Veranlassung, zwischen den Oberbegriff der staatlichen Leistung zugunsten Privater und den Unterbegriff des staatlichen Kredits (oder der staatlichen Gewährleistung oder Fürsorgeleistung o.ä.) eine Zwischenstufe einzuschalten , die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine Einteilung vornimmt, die einerseits für die Frage der Rechtsbeziehung unerheblich ist (kann es einen Unterschied machen, ob eine Werft ein Schiffbaukredit oder ein Student einen Studienkredit erhält ?), darüber hinaus aber bestimmte staatliche Kredite ohne Notwendigkeit aus dem Kreis der Betrachtung ausschließt, weil sie nicht an erwerbswirtschaftliche

---

(14) Dies betont auch Hamann, DVBl 1963, 492.

(15) Scheuner VVdStRL 11, LS 11; Ehlermann a.a.O. 26.

Unternehmen gegeben werden.

Die vorliegende Arbeit unternimmt daher den Versuch, bei der Erörterung des staatlichen Kredites ohne den Begriff der Subvention auszukommen. Ihn gänzlich zu vermeiden, erwies sich allerdings als unmöglich, aus dem einfachen Grund, weil die herangezogene Literatur ihn immer als Oberbegriff verwendet, wenn von staatlichen Krediten die Rede ist.

Erstes Kapitel

Die staatliche Kreditverwaltung

11. ERSCHEINUNGSFORMEN DES STAATLICHEN KREDITS

Aus Haushaltsmitteln des Bundes können gegenwärtig in folgenden Fällen Kredite an private Empfänger vergeben werden:

111. Zur Förderung des Wohnungsbaus hat der Bund im Rechnungsjahr 1959 Mittel in Höhe von 1.361,2 Mio DM in Form von Krediten bereitgestellt (16).

- Das Erste Wohnungsbaugesetz vom 24. April 1950 (BGBl S.83) und das Zweite Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) vom 27. Juni 1956 (BGBl S.523) bilden die Rechtsgrundlage für einen Einsatz öffentlicher Mittel für Wohnungsbauvorhaben aller Art. Die Abgrenzung der förderungswürdigen von den nicht förderungswürdigen Vorhaben erfolgt aufgrund dieser Gesetze allein nach sachlichen, an das Bauvorhaben und die finanziellen Möglichkeiten des Bauherrn anknüpfenden Gesichtspunkten, ohne Rücksicht auf die gesellschaftliche Stellung des Bauherrn.
- An die Zugehörigkeit des Wohnungsnehmers zu einem bestimmten Personenkreis knüpfen dagegen vier Spezialgesetze an: das Gesetz zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaus im Kohlenbergbau vom 23. Oktober 1951 (BGBl I S.865) dient speziell der Befriedigung des Wohnungsbedarfes der Arbeitnehmer im Kohlenbergbau (§ 2 Abs. 1) durch die Bereitstellung von Krediten. Empfänger von Lastenausgleichsleistungen erhalten "nach Maßgabe der verfügbaren Mittel" Aufbaudarlehen für den Wohnungsbau aufgrund des Gesetzes über den Lastenausgleich (Lastenausgleichsgesetz - LAG -) vom 14. August 1952 (BGBl I, S.446). Im Rahmen des Gesetzes zur Förderung der landwirtschaftlichen Siedlung vom 15. Mai 1953 (BGBl I S. 224) (17) können an Siedlungsbe-

(16) Hinzukommen 577 Mio DM aus dem Lastenausgleichsfonds; Quellen: Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1961, 426 und Bericht des Bundesministers der Finanzen vom 28. Juli 1959, 3. Bundestag (1957), Drucksache Nr. 1229.

(17) Hierzu die Richtlinien des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft

werber u.ä. Kredite vergeben werden und aufgrund des Gesetzes über die Förderung des Wohnungsbaus für Umsiedler in den Aufnahmeländern und des Wohnungsbaus für Sowjetzonenflüchtlinge in Berlin vom 30. Juli 1953 (BGBl I S. 712) fließen den Bauherren von Wohnungbauten für die genannten Personengruppen Bundesmittel in Form von Krediten zu.

112. Der gewerblichen Wirtschaft stehen auf Bundesebene zwei Einrichtungen zur Verfügung, die ihren von den normalen Kreditinstituten nicht zu deckenden Kreditbedarf befriedigen sollen: die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) und das ERP-Sondervermögen. Aufgrund des Gesetzes über die KfW in der Fassung vom 18.10.1961 (BGBl I S.1878) kann diese, vom Bund finanzierte öffentlichrechtliche Anstalt (18) zur Förderung des Wiederaufbaus der Wirtschaft dieser Kredite gewähren. Ebenfalls zum Zwecke des Wiederaufbaus und der Förderung der deutschen Wirtschaft kann diese nach dem Gesetz über die Verwaltung des ERP-Sondervermogens vom 31.8.1953 (BGBl I S. 1312) Kredite erhalten. Sie stammen aus den zu einem Sondervermögen zusammengefaßten Mitteln, die der Bundesrepublik aufgrund des sog. Marshallplanes von den Vereinigten Staaten von Amerika zur Verfügung gestellt worden waren.

113. Zur Förderung der Seefahrt, der Fischerei und des Schiffsbaus gewährt der Bund Kredite an Schiffseigner zum Zwecke des Baus und Erwerbs von Handelsschiffen aufgrund des gleichnamigen Gesetzes vom 27.9.1950 (BGBl S 684), ferner aufgrund der Richtlinien für Maßnahmen auf dem Gebiet der deutschen Seeschiffahrt vom 11.4.1962 (BAnz. Nr. 74) für den Neubau von Seeschiffen, aufgrund der Richtlinien für die Gewährung von Neubaudarlehen an Unternehmen der Großen Hochsee- und Großen Heringsfischerei vom 28.5.1962 (BAnz. Nr. 106) sowie aus dem Fonds zur Gewährung von Liquiditätshilfen für längerfristige Finanzierungen von Ausfuhrgeschäften nach Entwicklungsländern Kre-

---

und Forsten vom 15. Mai 1953 (Min.Bl.des BMELF 1954 Nr. 8 vom 22. April 1954).

(18) Obgleich die KfW im Gesetz als Körperschaft bezeichnet wird (§ 2), handelt es sich in Wahrheit um eine Anstalt, da ihr jedes mitgliedschaftliche Organ fehlt: Henze 62 mit weiteren Nachweisen.

dite an Werften zur Finanzierung von Aufträgen (19).

114. Drei durch die Ereignisse des Krieges und die Kriegsfolgen besonders hart betroffene Personengruppen erhalten aus Bundesmitteln Kredite, die es ihnen ermöglichen sollen, sich durch Begründung oder Festigung einer selbständigen Erwerbstätigkeit wieder in die Gesellschaft einzugliedern:
- die als Kriegsgeschädigte Lastenausgleichsleistungen erhaltenden Personen aufgrund des Lastenausgleichsgesetzes;
- Vertriebene und Flüchtlinge aufgrund des Gesetzes über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz - BVFG) vom 19.5.1953 (BGBl I S. 201) und
- Evakuierte nach dem Bundesevakuiertengesetz vom 14.7.1953 in der Fassung vom 5.10.1957 (BGBl I S. 1687) (20).

115. Für Zwecke der Landwirtschaft gibt der Bund neben den schon erwähnten Wohnungsbaukrediten im Rahmen der Maßnahmen gemäß § 5 des Landwirtschaftsgesetzes vom 5.9.1955 (BGBl I S. 565) zur Verbesserung der Agrarstruktur Kredite zur Aufstockung und Aussiedlung landwirtschaftlicher Betriebe (21).

116. Im Rahmen des regionalen Förderungsprogrammes des Bundes werden in Ergänzung entsprechender Ländermaßnahmen Beihilfen in Gestalt von Krediten vergeben zur wirtschaftlichen Entwicklung bestimmter

---

(19) §§ 1 und 2 des Gesetzes über die Finanzierungshilfe für Entwicklungsländer aus Mitteln des ERP-Sondervermogens (ERP-Entwicklungshilfegesetz) vom 9.6.1961 (BGBl II S. 577) in Verbindung mit Kapitel 6 Titel 1 und 2 des ERP-Wirtschaftsplangesetzes 1961 vom 26.6.1961 (BGBl II S. 774).

(20) Im Jahre 1959 hat der Bund für Kredite an die deutsche Wirtschaft insgesamt 2.154,6 Millionen DM ausgegeben (Bundestagsdrucksache Nr. 1229 (1957); der Bundeshaushalt 1963 enthält 1,7 Milliarden DM Mittel für die Gewährung von Krediten. Davon werden an Private vergeben werden 644 Millionen DM für Zwecke der Landwirtschaft und rund 800 Millionen DM für den Wohnungsbau (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.2.1963).

(21) 1961 waren dies 150 Millionen DM (Grüner Bericht 1961,240).

Gebiete, deren Lage als schwierig anzusehen ist, sei es in sozialer Hinsicht (Flüchtlinge aus Ostdeutschland, Arbeitslose etc.), sei es im Hinblick auf ihre Wirtschaftsstruktur. Die betroffenen Gebiete sind die Zonenrandgebiete und sog. Sanierungsgebiete. Obgleich der überwiegende Teil dieser Mittel an Hoheitsträger ausgeschüttet wird, können auch Einzelne Empfänger derartiger Kredite sein (22).

117. Als letztes seien die Kredite genannt, die der Bund zur individuellen Ausbildungsforderung bereitstellt. Im Rahmen des sog. Honnefer Planes können bedürftige und förderungswürdige Studenten wissenschaftlicher Hochschulen während der Abschlußsemester Kredite aus Bundesmitteln erhalten (23). Durch das sog. Individuelle Förderungsprogramm erhalten befähigte und aufstiegswillige Berufstätige zur Teilnahme an beruflichen Fortbildungslehrgängen Kredite (24).

12. VERFAHREN UND VERFAHRENSBETEILIGTE

Da die Meinung, die in der Auseinandersetzung um die Rechtsnatur der durch die Vergabe eines Kredites aus öffentlichen Mitteln entstehenden Beziehung zwischen dem Staat und dem Begünstigten herrschend ist, ihre entscheidenden Argumente aus der Ausgestaltung des hierbei angewandten Verfahrens zieht, ist es unumgänglich, dieses mit gewisser Ausführlichkeit darzustellen.

121. Ein Kredit bedeutet für den Empfänger nicht nur eine Begünstigung, sondern er bringt auch Belastungen mit sich, da er mit der Verpflichtung

---

(22) Richtlinien vom 17.5.1957 (BWMBl S. 239 und 1959, S. 455); im Jahre 1959 waren für dieses Programm 128 Millionen DM im Haushaltsplan eingesetzt, wovon 25-30% an Private vergeben wurden.

(23) Richtlinien des Bundesinnenministers vom 1.3.1961 (III 3-33435-3006/61).

(24) Richtlinien des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung über die Vergabe von Beihilfen zur beruflichen Fortbildung der unselbständigen Mittelschicht (Individuelles Forderungsprogramm) vom 16.7.1962 (BAnz. Nr. 135).

zur Rückzahlung sowie üblicherweise zur Zahlung von Zinsen belastet ist. Daher ist es selbstverständlich, daß ein Antrag des Kreditnehmers jeder Kreditgewährung durch die öffentliche Hand vorausgeht. In diesem, das Verfahren eröffnenden Antrag muß daher nicht nur der Wunsch des Bürgers gesehen werden, die beantragte Geldsumme zu erhalten, sondern in ihm erklärt er auch seine grundsätzliche Bereitschaft, die mit dem Kredit verbundenen Verpflichtungen zu übernehmen.

122. Nach einer Prüfung des Antrags, die sich sowohl auf die Tatbestandsmäßigkeit, d.h. auf das Unterfallen des Antragstellers und seines Vorhabens unter die besonderen Voraussetzungen der staatlichen Förderung, als auch auf seine wirtschaftliche Kreditwürdigkeit erstreckt, wird der Antrag, oft nach Einschaltung zusätzlicher beratender Gremien (25) positiv oder abschlägig beschieden.

In der Frage, wer diese, das Kernstück des Verfahrens bildende Entscheidung trifft, haben sich verschiedene Möglichkeiten herausgebildet (26).

- Im einfachst gelagerten Fall entscheidet eine bestehende Verwaltungsbehörde allein über den Antrag (27).
- Muß über den Antrag eine Verwaltungsbehörde im Einvernehmen mit einer zweiten entscheiden (28), so sind zwei positive Entscheidungen

(25) Nach dem Handelsschiffsdarlehengesetz ist ein Beirat zu hören (§ 9 Abs. 3); bei den sonstigen Seeschiffahrtsdarlehen sehen die Richtlinien die Anhörung des zuständigen Landesverkehrsministers (-senators) vor; aufgrund der Weisung des Bundesausgleichsamtes über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe (AGew-Weisung) in der Fassung vom 1. Dezember 1958 (BAnz. Nr. 244) und in der Landwirtschaft (ALw-Weisung) in der Fassung vom 3. Juli 1956 (BAnz. Nr. 133) wird ein Prüfungsausschuß gehört, nach dem Bundesvertriebenengesetz hat ein Beirat die bewilligende Stelle zu beraten (§ 22 BVFG).

(26) Stöcker a.a.O. 120 ff.; vergl. auch die Übersicht über die Bewilligungsbehörden für Wohnungsbaukredite bei Werner a.a.O. 110, Anm. 39.

(27) Bergarbeiterwohnungsbaukredite werden von einer von der obersten Landesbehörde bestimmten Bewilligungsstelle gewährt (§ 15); über Kredite aus dem Individuellen Forderungsprogramm entscheidet der Direktor des Arbeitsamtes.

(28) Nach der 1. DVO zum Handelsschiffsdarlehensgesetz sowie nach den Richtlinien für Seeschiffahrts- und Fischereifahrzeugdarlehen entscheidet der Bundesminister für Verkehr im Einvernehmen mit dem Bundesfinanzmini-

erforderlich, ehe der Kredit gewährt werden kann.

- Als praktisch hat es sich weiterhin erwiesen, die Entscheidung einem Kollegialorgan zu übertragen, das aus Vertretern der verschiedenen an der Entscheidung interessierten Verwaltungszweige sowie aus Vertretern der interessierten Personenkreise zusammengesetzt ist (29).
- Eine weitere Möglichkeit bildet die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf eine eigens zu diesem Zweck errichtete Verwaltungsbehörde (30).
- Schließlich ist es nicht selten, daß ein Kreditinstitut im eigenen Namen die Entscheidung über den Antrag fällt (31).

Das gemeinsame Wesen aller dieser Lösungen besteht darin, daß die Entscheidung immer durch eine staatliche Stelle getroffen wird. Zweifelhaft kann dies nur im Falle der Erteilung der Kreditzusage durch ein Kreditinstitut sein. Sowohl die Kreditanstalt für Wiederaufbau als auch die Deutsche Siedlungsbank sind jedoch öffentlichrechtliche Anstalten, d.h. "parastaatliche" Stellen, die keine Besonderheiten bieten.

Soweit Kredite aus dem ERP-Sondervermögen nicht von der Kreditanstalt für Wiederaufbau vergeben werden, bewilligt sie nicht die als Aktiengesellschaft organisierte Vertriebenenbank mit Zustimmung des Landeskreditausschusses (32), sondern die Entscheidung über den Kreditantrag wird vom Landeskreditausschuss getroffen, einem aus Vertretern der beteiligten Behörden zusammengesetzten Organ (33).

---

ster über den Antrag; die Landsiedlungskredite werden von der obersten Landessiedlungsbehorde mit Zustimmung der Deutschen Siedlungsbank gewährt.

(29) Kredite aus Mitteln des ERP-Sondervermögens werden von einem Kreditausschuß bewilligt, die Studiendarlehen sagt ein aus Vertretern der Universität gebildeter Förderungsausschuß zu, über Kredite aus dem regionalen Forderungsprogramm entscheidet der Interministerielle Ausschuß für Notstandsgebietsfragen.

(30) Der Leiter des Ausgleichsamtes nach §§ 345 und 347 LAG.

(31) Die Kreditanstalt für Wiederaufbau.

(32) So Flessa NJW 1959, 403.

(33) BVerwGE 7, 180 mit eingehender Begründung.

123. Nur in den seltensten Fällen wird der auf diese Weise zugesagte Kredit auch von der Stelle ausgezahlt und verwaltet, die die Zusage erteilt hat (34). Regelmäßig wird die Verwaltung des Kredites von einem vom Kreditnehmer ausgewählten Kreditinstitut übernommen, das sich der Behörde gegenüber zur Durchführung der Verwaltung bereiterklärt hat (35). Diese Einschaltung eines Kreditinstitutes in den Vorgang der Krediterteilung (36) hat den Zweck, die Verwaltung von den banktechnischen Arbeiten zu entlasten und diese einem hierzu befähigten und das Vertrauen des Kreditnehmers genießenden Kreditinstitut zu übertragen. Inhaltlich beschränkt sich die Tätigkeit dieser "Geschäftsführer" (37) jedoch auf die Ausübung reiner Hilfsfunktionen, eine Befugnis, durch eigene Entscheidungen auf das Kreditverhältnis einzuwirken, besitzen diese eingeschalteten Kreditinstitute nicht.

Da eine generelle Verpflichtung der Kreditinstitute, einen staatlicherseits bewilligten Kredit zu verwalten, nicht besteht, erfolgt die Einschaltung in jedem Einzelfall aufgrund einer Bereitwilligkeitserklärung des Kreditinstitutes (38). Grundsätzlich ist es Aufgabe des Kreditnehmers, eine Bank

---

(34) Kredite aus dem Sondervermögen bei der Deutschen Siedlungsbank werden auch von dieser, Kredite aus dem Individuellen Förderungsprogramm von der Arbeitsverwaltung selbst verwaltet.

(35) Vergl. die Bestimmungen des Hauptamtes für Soforthilfe für die Einschaltung der Kreditinstiute bei Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe und bei Arbeitsplatzdarlehen in der Fassung vom 25. September 1954 (MtBl BAA S.252) sowie die Bestimmungen über die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen für den Wohnungsbau in der Fassung vom 23. Juni 1954 (MtBl BAA S.199); Kredite nach dem Honnefer Plan werden vom Deutschen Studentenwerk, solche aufgrund der Seeschiffahrts- und Fischereifahrzeugsdarlehensrichtlinien werden von der Deutschen Revisions- und Treuhand AG (Treuarbeit) verwaltet, die sich zu 69,23 % in Bundesbesitz befindet.

(36) Vergl. hierzu Spahn: "Die Einschaltung der Kreditinstitute bei Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz".

(37) Terminologie nach Stöcker (a.a.O. 108); Flessa (DVBl 1957, 118) spricht von Bevollmächtigten, im Lastenausgleichsrecht wird der Begriff "Treuhänder" verwendet (Einschaltungsbestimmungen § 1).

(38) Vergl. die Einschaltungsbestimmungen. Die Bereitwilligkeitserklärung hat folgenden Wortlaut: "Wir erklären uns bereit, ein dem oben genannten Antragsteller gemäß der Weisung über Aufbaudarlehen für den Woh-

zu finden, die bereit ist, den ihm gewährten staatlichen Kredit zu verwalten (39). Liegt die Bereitwilligkeitserklärung eines Kreditinstitutes vor, so teilt die bewilligende Stelle ihm nach Abschluß des Bewilligungsverfahrens mit, ob und zu welchen Bedingungen der Kredit gewährt wurde. Das Kreditinstitut fixiert daraufhin die im Bewilligungsbescheid der Behörde festgelegten Kreditmodalitäten noch einmal in einem Darlehensvertrag genannten Schriftstück, das vom Kreditnehmer und dem Vertreter des Kreditinstitutes unterzeichnet wird, nimmt die von der Bewilligungsstelle bestimmten Sicherheiten herein und ruft unter Vorlage des "Darlehensvertrages" die Valuta bei der Bewilligungsstelle ab. "Nach Eingang der Valuta hat das Kreditinstitut zur Überwachung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Kreditmittel die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen und unter Beachtung der entsprechenden Auflagen des Bewilligungsbescheides die Auszahlung an den Darlehensnehmer vorzunehmen. Weiterhin obliegt dem Kreditinstitut in banküblichem Umfang die bankmäßige Führung des Kredits, vor allem die Beobachtung der Betriebsführung des Darlehensnehmers, die Überwachung der Sicherheiten und die pünktliche Durchleitung der Zinsen und Tilgungsleistungen an die Lastenausgleichsbank. In bestimmten Fällen ist das Kreditinstitut - regelmäßig nach Einholung der Entscheidung der Lastenausgleichsbank - zur Kündigung des Eingliederungsdarlehens berechtigt und hat dann die Darlehensforderung mit den Nebenleistungen einzutreiben" (40).

Es sei noch einmal hervorgehoben, daß das Kreditinstitut in keinem Augenblick durch eigene Entscheidungen auf das Kreditverhältnis einwirken kann. Jede wesentliche Entscheidung, insbesondere eine Stundung oder Kündigung, erfolgt durch die staatliche Stelle und wird dem Kreditnehmer nur durch Vermittlung des Kreditinstitutes mitgeteilt (41).

---

nungsbau (für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe) bewilligtes Aufbaudarlehen aufgrund der Bestimmungen für die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen für den Wohnungsbau (für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe) treuhänderisch zu verwalten. Wir erkennen diese Bestimmungen als verbindlich an".

(39) Nr. 2 der Einschaltungsbestimmungen.

(40) Spahn, a.a.O. 9.

(41) A.A. Henze (a.a.O. 94), der von Entscheidungen des Kreditinstitutes mit Zustimmung der Bewilligungsbehörde spricht. Doch geht hieraus klar hervor, daß die eigentliche Entscheidungsmacht beim Staat liegt. Entscheidungen von geringerer Bedeutung - etwa Stundungen bis zu drei

Das Kreditinstitut, das sich auf Wunsch des Kreditnehmers bereiterklärt, den Kredit für den Staat zu verwalten, erhält auf diese Weise eine Doppelstellung. Einerseits ist es Geschäftsführer des Staates und hierdurch diesem zur Wahrung seiner Interessen und zur Ausführung seiner Weisungen verpflichtet. Das Kreditinstitut ist aber auch die Bank des Kreditnehmers und hat als solche diesem gegenüber bestimmte Verpflichtungen. Der vom Kreditinstitut und Kreditnehmer unterzeichnete "Darlehensvertrag" sieht daher auch vor, daß auf ihr Verhältnis zu einander die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kreditinstitutes Anwendung finden. Das bedeutet, daß das Kreditinstitut dem Kreditnehmer gegenüber verpflichtet ist, seine Überweisungsaufträge auszuführen, seine Schecks - falls er solche ausstellen darf - zu honorieren, ihm Kontoauszüge anzufertigen und ihm für den Teil der Kreditsumme, den er auf seinem Konto stehen läßt, für den er aber an den Staat Zinsen zahlen muß, Habenzinsen zu vergüten. Diese Tatsache, daß das eingeschaltete Kreditinstitut einen Teil seiner Funktionen im Interesse des Staates, den anderen im Interesse des Kreditnehmers ausübt, verdient besondere Hervorhebung und darf im folgenden nicht aus dem Auge verloren werden.

124. Aus der Tatsache, daß die Bewilligung eines sog. ERP-Kredites u.a. auch davon abhängt, daß das eingeschaltete Kreditinstitut seinerseits dem Kreditnehmer ebenfalls einen Kredit zur Verfügung stellt, hat Flessa geschlossen, daß hier in Wahrheit ein Kredit des Staates an den Kreditnehmer überhaupt nicht vorliege (42). Vielmehr werde der gesamte Kreditbetrag (Bankkredit plus ERP-Kredit) von dem Kreditinstitut in eigenem Namen und auf eigene Rechnung dem Schuldner zur Verfügung gestellt. Der Staat stehe nur in einer rechtlichen Beziehung zu dem Kreditinstitut, dem er einen sog. Refinanzierungskredit gewähre, um ihm auf diese Weise die Kreditgewährung zu erleichtern. Eine Beziehung zwischen Staat und Schuldner sei zwar möglich, jedoch nicht notwendig.

Diese Konstruktion entspricht jedoch weder der gesetzlichen Regelung noch der tatsächlichen Ausgestaltung dieser Kredite. Das eingeschaltete Kreditinstitut wird vom Gesetz ausdrücklich als "durchleitendes Kreditinstitut" bezeichnet (43). Bewilligt wird der Kredit auf Antrag des Kre-

---

Monaten - sind dem Kreditinstitut von den Bewilligungsbehörden übertragen, insoweit nehmen sie aber keine eigenen, sondern delegierte Rechte wahr: Henze, a.a.O. 94; Stöcker, a.a.O. 110.

(42) Flessa DVBl 1957, 118 f. und NJW 1959, 403.

(43) § 12 ERP-Gesetzes.

ditnehmers vom Bundesminister für den Marshallplan, vom Landeskreditausschuß oder von der Kreditanstalt für Wiederaufbau (44). Die ERP-Kredite werden somit nicht als Refinanzierungskredite an die beteiligten Kreditinstitute vergeben, sondern als staatliche Kredite unter Einschaltung eines Kreditinstitutes an Einzelne gewährt.

125. Ebenfalls keine Ausnahme von der Regel, daß die Bewilligung durch eine staatliche Stelle erfolgt, stellen die von Sparkassen, Kreditgenossenschaften, Kreditbanken und Bausparkassen gewährten zinsverbilligten Darlehen im Rahmen der Aktion "Junge Familie" dar (45). In beiden Fällen handelt es sich nämlich nicht um staatliche Kredite, sondern um privatwirtschaftliche Darlehen der betreffenden Kreditinstitute, bei denen der Bund diesen gegenüber einen Teil der Zinslast übernimmt, also keinen Kredit, sondern einen verlorenen Zuschuß gewährt.

126. Die Aufgabenteilung zwischen der das Verfahren der Kreditgewährung leitenden staatlichen Stelle und dem die technische Abwicklung übernehmenden Kreditinstitut hat zur Folge, daß das Kreditverhältnis in drei Rechtsbeziehungen aufgespalten ist. Grundlage der Kreditgewährung ist die eigentliche Leistungsbeziehung zwischen dem Staat und dem Schuldner. Der Verwirklichung und Durchführung dieser Grundbeziehung dienen einerseits die Beziehung des Staates zu seinem Geschäftsführer, dem Kreditinstitut, andererseits die des Geschäftsführers zum Kreditnehmer. Beide Rechtsbeziehungen haben im Verhältnis zur Grundbeziehung nur Hilfscharakter, bei der Untersuchung der Beziehungen auf ihre Rechtsnatur wird man daher von der Grundbeziehung auszugehen haben, der die beiden anderen ergänzend und durchführend zugeordnet sind.

13. DER ZWECK STAATLICHER KREDITGEWÄHRUNG

Wie der - notwendigerweise unvollkommene - Überblick über die staatlichen Kreditaktionen deutlich werden ließ, ist die Rechtsfolge "Kre-

---

(44) BVerwGE 7,180.

(45) Richtlinien über die Forderung von Eigentumswohnungen im Wohnungsbau für die " - Junge Familie -" vom 22.5.1963 BAnz 1963, Nr. 104.

ditgewährung" an verschiedenartigste Tatbestände geknüpft (46).

131. Bei näherer Betrachtung reduziert sich diese Vielfalt jedoch auf fünf große Gruppen, hinter denen wiederum ein einheitlicher Zweck aller dieser Zuwendungen sichtbar wird.

1311. Die erste Gruppe von Kreditmaßnahmen dient der Unterstützung des primären Sektors (47), insbesondere der Landwirtschaft und des Fischfangs (48). Die Gründe für diese Hilfsmaßnahmen sind die Sicherung der "Teilnahme der Landwirtschaft an der fortschreitenden Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft" und die "Angleichung der sozialen Lage der in der Landwirtschaft tätigen Menschen an die vergleichbaren Berufsgruppen" (49). Der Zweck der Maßnahme ist demnach, die in einer hochentwickelten Industriegesellschaft wie der deutschen auftretende Einkommensdisparität zwischen den im primären und den im sekundären und tertiären Sektor beschäftigten Personen auszugleichen und dadurch das Absinken oder Verschwinden dieser Gesellschaftsschicht zu verhindern und ihr zu helfen, ihre Stellung in der Gesellschaftsstruktur zu erhalten oder gar zu verbessern.

1312. Mit einem ausgedehnten Kreditprogramm bemüht sich der Staat, die Folgen des Krieges und der Nachkriegsereignisse auszugleichen und zu beseitigen (50). Hierher gehören Maßnahmen zugunsten der durch den Krieg

---

(46) Ob der Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge dabei ein unmittelbarer ist, so daß bei Vorliegen des Tatbestandes ein Anspruch auf die Rechtsfolge besteht, oder ob ein Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde dazwischengeschaltet ist, kann dabei dahingestellt bleiben; bei Krediten ist letzteres die Regel.

(47) Zu der Einteilung der Gesamtwirtschaft in primären Sektor (Extraktion), sekundären Sektor (Produktion) und tertiären Sektor (Verteilung und Dienstleistungen) vergl. C. Clark a.a.O. 490 f., insb. 491, Fußnote 1.

(48) Kredite aufgrund des landwirtschaftlichen Siedlungsgesetzes, des Landwirtschaftsgesetzes und der Richtlinien für Fischereifahrzeugkredite; Maßnahmen zugunsten des ebenfalls zum primären Sektor zählenden Bergbaus unterliegen den sich aus Art. 4 c EGKS-Vertrag ergebenden Beschränkungen.

(49) § 1 Landwirtschaftsgesetz.

(50) Ipsen DVBl 1956, 502.

und seine Folgen besonders hart betroffenen Personengruppen: Flüchtlinge, Vertriebene, Evakuierte und Kriegsgeschädigte (51), ferner Maßnahmen zur Förderung des Wiederaufbaus der deutschen Wirtschaft (52), insbesondere des durch den Krieg fast zum Erliegen gebrachten Außenhandels (53), schließlich das Regionalprogramm zur Unterstützung der durch die Teilung Deutschlands besonders betroffenen Gebiete (54). Zweck dieser Unterstützungsaktionen ist die Wiedereingliederung unverschuldet in Schwierigkeiten geratener Personengruppen in die Gesellschaft (55), insbesondere durch die Unterstützung bei der Begründung einer selbständigen wirtschaftlichen Existenz (56). Wegen der mit ihr verbundenen Arbeitsbeschaffung dient auch die Förderung der Entwicklung der Industrie im Grunde der Stabilisierung der Gesellschaft (57). Auf demselben Gedanken beruhen die staatlichen Hilfsaktionen zugunsten der durch die Teilung Deutschlands besonders betroffenen Gebiete, deren wirtschaftliche und soziale Entwicklung anderenfalls stark gehemmt wäre.

1313. Der Entwicklung bestimmter Gebiete, deren Lage sei es in sozialer Hinsicht, sei es im Hinblick auf ihre Wirtschaftsstruktur als schwierig anzusehen ist, dienen staatliche Kredite aus dem Regionalen Förderungsprogramm des Bundes. Ziel dieser Maßnahmen ist es, die Sozialstruktur bestimmter Notstandsgebiete derjenigen im übrigen Deutschland anzugleichen.

1314. Nicht aus nationalen Prestigegründen, sondern "zur Verbesserung der Beschäftigungslage" und damit zur Erhaltung von Wirtschaftszweigen und Arbeitsplätzen unterstützt der Staat durch Kredite die Schiffahrt und den von ihr abhängenden Schiffsbau.

1315. Die Kredite zum Eigentumserwerb an Wohnraum (58) und zum Abschluß

---

(51) Maßnahmen nach dem LAG, dem BFVG, dem BEG.
(52) ERP-Gesetz, KfW-Gesetz.
(53) Handelschiffsdarlehensgesetz.
(54) Kredite für Zonenradgebiete aufgrund des Regionalen Förderungsprogrammes.
(55) BVerwG NJW 1956, 1251.
(56) BGH NJW 1955, 1855.
(57) Osterwalder a.a.O. 66 f.
(58) Erstes und Zweites Wohnungsbaugesetz.

des Studiums (59) schließlich bilden die letzte Gruppe. Sie dienen der Fürsorge für sozial Schwache (60), denen eine soziale Aufwärtsmobilität ermöglicht wird.
Personen, deren einziger Besitz ihre Arbeitskraft ist, können durch die Unterstützung beim Erwerb von Grundeigentum in die Gruppe des hierdurch gekennzeichneten Besitzbürgertums aufsteigen; "Begabten unter den Studenten, die einer wirtschaftlichen Hilfe bedürfen", sowie "befähigten und aufstiegswilligen Berufstätigen" wird eine normalerweise ihre Mittel übersteigende Ausbildung zugänglich gemacht und ihnen zum "Aufstieg in eine bestimmte mittlere oder gehobene Berufstätigkeit" verholfen.

132. Dieser Überblick über die Grundtatbestände staatlicher Kreditgewährung - Förderung des primären Sektors, Milderung der Kriegsfolgen, Regionalpolitik, Sicherung von Arbeitsplätzen und Fürsorge für sozial Schwache - macht deutlich, daß hinter allen diesen Maßnahmen ein einheitlicher Zweck steht. Durch die Bereitstellung von Krediten für bestimmte Zwecke will der Staat direkt oder indirekt einzelne Personengruppen fördern, so daß sie ihre Stellung und Funktion in der Gesellschaft beibehalten oder gar verbessern können. Ohne die staatliche Unterstützung, nur unter Zuhilfenahme der der Gesellschaft immanenten Kräfte, wären sie hierzu nicht in der Lage. Zweck aller Kreditmaßnahmen ist daher eine Einflußnahme auf die Struktur der Gesellschaftsordnung. Da diese Einflußnahme nicht wahl- und ziellos vor sich geht, sondern unter Zugrundelegung bestimmter, politischer Vorstellungen über die "richtige" Gesellschaftsordnung, kommt man zu der Feststellung, daß die staatliche Kreditgewährung grundsätzlich der Erreichung eines vom Staat gesetzten Sozialordnungszieles dient (61).

Ipsens Auffassung (62), auch devisen- und währungspolitische Lenkungsmotive und -ziele stünden hinter der Gewährung von staatlichen Krediten,

---

(59) Sog. Honnefer Plan.

(60) Ipsen DVBl 1956, 501.

(61) Bullinger, DÖV 1960, 748; Welter BB 1962, 493; diese "idealtypische" Betrachtungsweise darf selbstverständlich nicht darüber hinwegtäuschen, daß Kredite möglich sind, die ihre gesellschaftsordnende Funktion nur unvollkommen erfüllen und sich eher aus politischen als aus sozialordnenden Gründen erklären lassen.

(62) Ipsen DVBl 1956, 502.

ferner seien sie ein Mittel zur Vermeidung sonst zwangsläufiger Verstaatlichung und schließlich sei in einem Bundesstaat noch ihre unitarisierende Funktion zu beachten, widerspricht dem gefundenen Ergebnis nicht. Devisen- und Währungspolitik sowie Verstaatlichung sind keine Selbstzwecke, sondern Mittel des Staates zur Verwirklichung seiner gesellschaftspolitischen Vorstellungen. Unzweifelhaft üben in einem Bundesstaat finanzielle Zuwendungen des Zentralstaates an Private eine unitarisierende Funktion aus, da sie infolge der Finanzkraft des Zentralstaates zu einer Aushöhlung der Gliedstaaten tendieren (63). Hierbei handelt es sich jedoch nicht um den Zweck, sondern um eine Folge der Kreditgewährung durch den Zentralstaat.

133. Aus dem Sozialordnungsziel der staatlichen Kreditgewährung ergeben sich eine Reihe wesentlicher Folgerungen. Einmal zeigt dieses Ergebnis, daß es weder notwendig noch richtig ist, zwischen Leistungen an die Wirtschaft und Leistungen zu nicht erwerbswirtschaftlichen Zwecken zu unterscheiden, da in beiden Fällen der gesellschaftsordnende Zweck der Maßnahmen derselbe ist (64).
Zum anderen ist auch dann, wenn der staatliche Kredit verzinslich gegeben wird, Zweck der staatlichen Leistung nicht die Absicht, seine Gelder gewinnbringend anzulegen, dies im Gegensatz zu einer entsprechenden Tätigkeit durch einen Privatmann (65). Schließlich ergibt sich aus dem Sozialordnungsziel der staatlichen Kreditgewährung, daß die Bereicherung des Kreditnehmers nie Zweck der Begünstigung sein kann. Diese - allerdings unbestreitbare - Wirkung der Kreditgewährung ist vielmehr nur das Hilfsmittel, dessen sich der Staat bedient, um das Interesse des Einzelnen am Erhalt des Kredites mit dem vom Staat vertretenen Gesamtinteresse an einer bestimmten Gestaltung der Gesellschaftsordnung zu koordinieren. Im Verhältnis des Staates zum Kreditnehmer liegt daher - im Gegensatz zum Darlehensvertrag zwischen Privaten - weder Interessengegensatz noch Interessengleichheit vor,

---

(63) Auf diesen Aspekt weisen besonders schweizerische Autoren hin: Schindler a.a.O. 103 ff.

(64) Nur die Leistungen an die Wirtschaft betrachten Ipsen (DVBl 1956, 461 ff.) und Henze, letzterer mit der Begründung, mit den übrigen Leistungen würden keine Lenkungsabsichten verfolgt (a.a.O. 30).

(65) Ipsen JZ 1952, 761; BVerwG E 1, 308 (309 f.).

vielmehr wird hier das Einzelinteresse als Mittel zur Durchsetzung des Gesamtinteresses verwendet (66).

134. Imboden hat das Verhältnis zwischen der primären Begünstigung eines Einzelnen und der Förderung einer bestimmten sozialen Gruppe bei staatlichen Leistungen als erster näher untersucht und dabei festgestellt, daß diese funktionell zwei grundsätzlich verschiedene Bedeutungen haben (67). Einmal liegt das mit der Leistung verfolgte "administrative Fürsorgeziel" in der Förderung des Begünstigten, da dieser zu der zu fördernden Gruppe gehört und als deren Glied die Leistung erhält. Imboden spricht dann von aufgabenerfüllender Subventionierung. Die Leistung kann aber auch dazu dienen, die Erfüllung einer durch Delegation auf einen Privaten übergegangenen öffentlichen Aufgabe sicherzustellen. Dann gehört der Begünstigte nicht zu dem zu fördernden Personenkreis, es wird vielmehr von ihm erwartet, daß er die erhaltene Leistung in vollem Umfang an die eigentlich zu Fördernden weitergibt. Die Leistung ist nicht selbst Daseinsvorsorge, sie erfolgt im Hinblick auf eine vom Empfänger im allgemeinen Interesse wahrgenommene Obliegenheit (aufgabenübertragende Subventionierung).

Aus der Interessenlage ergibt sich, daß die staatlichen Kredite alle zur ersten Gruppe, also zu den aufgabenerfüllenden staatlichen Leistungen gehören. Niemand, der sich bereit erklärt, eine staatliche Aufgabe zu übernehmen, ist bereit, sich für die hieraus erwachsenden Lasten nur mit einem Kredit entschädigen zu lassen, den er nicht nur später zurückzuzahlen, sondern möglicherweise auch zu verzinsen hat. Wenn Imboden der Auffassung ist, bei der Förderung des Wohnungsbaus durch staatliche Mittel handle es sich um Aufgabenübertragung (68), so entspricht dies nicht der deutschen Auffassung, derzufolge nicht die Beschaffung von Arbeit und Wohnraum, sondern die Eigentumsbildung im Vordergrund stehen (69). Auch die Förderung der Industrie, die mittelbar der Arbeitsbeschaffung dient, ist Aufgabenerfüllung, da die geförderten Unternehmen dem Kredit-

---

(66) A.A. Krüger (Auflage 381), der die Gleichgerichtetheit der Interessen von Staat und Bürger für bei der leistenden Verwaltung als wesentlich erachtet.

(67) Imboden a.a.O. 156 ff.

(68) Imboden a.a.O. 158.

(69) § 1 Abs. 1 2. WoBauG.

geber Staat gegenüber keine Aufgabe übernommen haben, zu deren Erfüllung sie angehalten werden können (70).

14. STAATLICHER UND PRIVATER KREDIT

Ehe auf die Frage der Rechtsnatur des staatlichen Kredits eingegangen wird, sollen noch einmal die Punkte zusammengefaßt werden, in denen sich der vom Staat gewährte Kredit von einem zwischen Privatpersonen vereinbarten Darlehen, insbesondere von einem Bankkredit, unterscheidet. Auf einige dieser Punkte wurde schon hingewiesen, vor allem auf die unterschiedlichen Zwecke der beiden Kreditarten. Während ein Privatmann einen Kredit typischerweise deshalb gibt, weil er sich davon einen Gewinn verspricht, den er im Regelfall auch erzielt, ist bei den staatlichen Krediten der Verfolg eines Erwerbszweckes ausgeschlossen, sie dienen vielmehr allein der Erreichung des angestrebten Sozialordnungszieles.

Dieser Wegfall des Gewinnstrebens hat zur Folge, daß der für Verträge zwischen Privaten im allgemeinen und für Kreditverträge zwischen ihnen im besonderen charakteristische Interessengegensatz zwischen den Parteien nicht besteht, an seine Stelle tritt die Verwendung des Einzelinteresses zur Durchsetzung des Gesamtinteresses.

Die Strukturverschiedenheit zwischen staatlichem und Bankkredit zeigt sich auch bei der Betrachtung der Voraussetzungen für ihre Vergabe. Während ein Bankkredit allein unter "bankmäßigen" Gesichtspunkten, d.h. im Hinblick auf die Bonität des Schuldners vergeben wird, spielt diese bei staatlichen Krediten eine untergeordnete Rolle. Hier wird der Kreditbewerber in erster Linie daraufhin betrachtet, ob durch eine Kreditgewährung an ihn das angestrebte Sozialordnungsziel erreicht werden kann, d.h. konkret ausgedrückt, ob er bzw. sein Vorhaben den Tatbestand erfüllen, an den die Rechtsfolge der Kreditgewährung anknüpft.

Schließlich - und für den Kreditnehmer ist dies von ausschlaggebender Bedeutung - beeinflußt die Zweckverschiedenheit der beiden Kreditarten auch die Modalitäten ihrer Vergabe. Dies gilt in erster Linie für den Zinsfuß. Während für ein hypothekarisch gesichertes Bankdarlehen

(70) Imboden a.a.O. 157.

gegenwärtig Zinsen in Höhe von rund 7 vom Hundert zu zahlen sind, werden staatliche Kredite niedriger oder überhaupt nicht verzinst (71). Auch an die vom Schuldner zu stellenden Sicherheiten werden weit geringere Anforderungen gestellt, als eine Bank sich dies erlauben kann, die Behörde muß "bei der Entscheidung über die Gewährung eines Aufbaudarlehens ... in Rechnung stellen, daß der Zweck der zu treffenden Maßnahmen die Eingliederung unverschuldet in Schwierigkeiten geratener Vertriebener und Sachgeschädigter ist, daß deshalb Risiken in Kauf zu nehmen sind" (72), nur bei einem erhöhten Risiko kann die Gewährung eines solchen Kredits von der Bestellung von Sicherheiten abhängig gemacht werden (73), während für Wohnungsbaukredite nachstellige Hypotheken bestellt werden (74).

Die Unterschiede zwischen staatlichem und Bankkredit sind daher sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht erheblich. Die besondere Beachtung, die ersterer Kreditform geschenkt wird, ist daher sehr wohl gerechtfertigt.

---

(71) Günstige Zinsbedingungen, Zinsverbilligungen, niedrige Zinssätze oder Zinslosigkeit sagen zu § 3 1. WoBauG, § 44 2. WoBauG, § 72 BVFG, § 12 BEvG, § 4 LwSiedlungsG sowie die Weisungen über Aufbaudarlehen; 3 % sind zu zahlen nach § 256 LAG, 3 1/2 % für Regionalförderungskredite, 4 % nach § 5 Handelsschiffsdarlehensgesetz und den sonstigen Schiffsbauförderungsprogrammen.

(72) BVerwG NJW 1956, 1251.

(73) BVerwGE 6, 117.

(74) § 3 1. WoBauG, § 42 Abs. 2 2. WoBauG, § 2 Abs. 3 Bergarbeiter WoBauG; günstige Sicherungsbedingungen verlangen § 72 BVFG und § 12 BEvG.

Zweites Kapitel

Die Einordnung des staatlichen Kredites in das System des Verwaltungshandelns

Jeder Versuch, einer bestimmten Verwaltungstätigkeit ihren Platz im deutschen Rechtssystem zuzuweisen, sieht sich vor eine doppelte Schwierigkeit gestellt: Die Verwaltung kann materiell zwei grundlegend verschiedene Funktionen ausüben, die als hoheitliche und fiskalische Verwaltung gegenübergestellt werden. Diese materielle Zweiteilung hat Auswirkungen auf die formelle Abgrenzung zwischen Verwaltungstätigkeiten, die mit den Mitteln des Verwaltungsrechtes, und solchen, die in privatrechtlichen Formen erfüllt werden. Obgleich jedoch historisch die funktionelle Zweiteilung als Inhaltsbestimmung öffentlich- bzw. privatrechtlichen Staatshandelns entstanden ist (75), decken sich die Begriffspaare heute nicht mehr (76).

21. HOHEITLICHE UND FISKALISCHE STAATSTÄTIGKEIT

Diese begriffliche Aufspaltung ist eine Folge des Wandels der staatlichen Funktionen, den die gesellschaftlichen und politischen Umwälzungen des 20. Jahrhunderts nach sich gezogen haben (77). Nachdem die Identität von staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung verloren gegangen war (78), hatte der liberale Staat des 19. Jahrhunderts die Trennung von der Gesellschaftsordnung auch theoretisch streng durchgeführt. Seine Rolle beschränkte sich darauf, die bestehende Gesellschaftsordnung konservierend zu schützen. Da dieser "Nachtwächterstaat" (Lassalle) diese ihm eigene Funktion praktisch ausschließlich durch Gebote und Verbote erfüllte, ist es nur zu verständlich, daß sich der Begriff des dem Staate eigenen Rechtes, des öffentlichen Rechtes, am Leitbild dieser Eingriffs-

---

(75) W. Jellinek a.a.O. 24; O. Mayer a.a.O. 119.

(76) Im Interesse der terminologischen Klarheit wäre eine Übereinstimmung allerdings wünschenswert: Bachof VVdStRL 12, 55 Anm. 37.

(77) Vergl. zum folgenden insbesondere die Darstellung bei Forsthoff, Lehrbuch 59 ff.

(78) H. Huber a.a.O. 180.

verwaltung orientierte.
Öffentliches Recht und damit hoheitliches Staatshandeln lag daher dort vor, wo "ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher und damit die öffentliche Gewalt selbst" an der Ordnung von Verhältnissen mit den Untertanen beteiligt war (79).

Die Erschütterungen, von denen die Sozialordnung im 20. Jahrhundert heimgesucht wurde, haben gezeigt, daß ihre Selbstordnungskräfte nicht ausreichen, um die gesellschaftliche Stabilität zu wahren oder gar wiederherzustellen. Der Staat sah sich daher in weitestem Umfange gezwungen, gestaltend und lenkend in die Sozialstruktur einzugreifen. Diese Wandlung in den Vorstellungen über das Wesen staatlicher Tätigkeit führt zur Ausformung neuer Verwaltungsgebiete. Neben die nicht mehr ausreichenden Mittel von Gebot und Verbot trat in immer stärkerem Umfange die staatliche Hilfe, neben der Eingriffsverwaltung bildete sich die Leistungsverwaltung (80).

Auch diese Verwaltungstätigkeit stellt sich als hoheitliche Verwaltung dar, da sie in erster Linie öffentliche Zwecke verfolgt (81). Da sie ihrem Wesen nach jedoch nicht auf den Einsatz von Geboten und Verboten angewiesen ist, steht sie nicht mehr in einem Verhältnis notwendiger Verknüpfung zu den Formen des auf Subjektion beruhenden öffentlichen Rechtes, wie dies die "obrigkeitliche " (82) Eingriffsverwaltung tut.

Damit ist die begriffsnotwendige Übereinstimmung in der Abgrenzung zwischen materieller Staatstätigkeit und benutzter Rechtsform aufgegeben. Der Grund hierfür ist kein terminologischer, sondern dahinter steht das Problem der Geltung der Grundrechte bei privatrechtlichem Handeln des Staates. Da einerseits eine allgemeine und unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr überwiegend und mit guten Gründen abgelehnt wird, andererseits aber die materiell hoheitliche Verwaltung in den Formen des Privatrechts auftreten kann, muß eine Lösung gefunden werden, die es erlaubt, die öffentliche Verwaltung in den Formen des Privatrechts unmittelbarer Grundrechtsbindung zu unterwerfen, während in den Fällen, in denen das Privatrecht nicht nur Verwaltungsform

---

(79) O. Mayer a.a.O. 15.
(80) Ballerstedt AoR 74, 147; Zweifel an der Notwendigkeit dieser Zweiteilung äußert Rupp DVBl 1958, 113 (115).
(81) Ehlermann a.a.O. 33.
(82) W. Jellinek a.a.O. 21.

ist, sondern einem privatwirtschaftlichen Inhalt entspricht, eine Grundrechtsbindung nur mittelbar über die Generalklauseln des Privatrechts erfolgt (83). Diesem Bedürfnis genügt eine auf die Rechtsform abstellende Abgrenzung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Verwaltung nicht. Von fiskalischer Staatstätigkeit kann daher nicht mehr immer dort gesprochen werden, wo kein öffentliches Recht zur Anwendung kommt, sondern der Begriff muß auf die Fälle eingeschränkt werden, wo die staatliche Betätigung in den Formen des Privatrechts entweder primär erwerbswirtschaftlichen - privatwirtschaftlich-wettbewerblichen - Zwecken dient oder als privatrechtliches Hilfsgeschäft den Staat mit den sachlichen Mitteln zur Erfüllung seiner Aufgaben rüstet (84).

Fiskalische Verwaltung ist also die in seinem vorwiegenden Finanzinteresse geführte privatrechtliche Tätigkeit des Staates; die Erzielung von Gewinn, die Erhaltung und Vergrößerung des Finanzvermögens, nicht aber die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse gelegenen Aufgabe sind die beherrschenden Motive. Negativ läßt sie sich daher sowohl von der Staatstätigkeit abgrenzen, die in öffentlichrechtlichen Formen geführt wird, als auch von derjenigen Privatrechtstätigkeit, die vorwiegend und unmittelbar dem Gemeinwohl dient (85).

Zur hoheitlichen Verwaltung gehören demgegenüber alle Formen staatlichen Handelns, die in erster Linie öffentliche Zwecke verfolgen, also einmal die als obrigkeitlich bezeichnete Eingriffsverwaltung (86), ferner die sog. schlichte Hoheitsverwaltung, die sich in rein tatsächlichen, rechtlich nicht faßbaren Handlungen erschöpft (87), und die Leistungsverwaltung (88). Während die schlichte Hoheitsverwaltung in diesem engen Sinn rechtlich indifferent ist und die obrigkeitliche Verwaltung immer in den Formen des öffentlichen Rechts auftritt, kann die Leistungsverwaltung grundsätzlich in den Formen sowohl des öffentlichen

---

(83) Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 138; Ipsen DVBl 1956, 465.
(84) Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 Anm. 19; Ehlermann a.a.O. 32; Siebert a.a.O. 215.
(85) Ehlermann a.a.O. 32; Fiedler a.a.O. 85; Siebert a.a.O. 221.
(86) W. Jellinek a.a.O. 21.
(87) Begriff von Jellinek a.a.O. 21; Ehlermann a.a.O. 33; BGH DVBl 1956, 454 (455).
(88) Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 Anm. 19.

als auch des privaten Rechts erscheinen (89).

22. ÖFFENTLICHES UND PRIVATRECHT

Die Erkenntnis des Auseinanderklaffens von materieller Hoheitsverwaltung und hierzu verwendeter öffentlicher Rechtsform hat zu neuer Besinnung auf das Wesen des öffentlichen Rechts geführt (90). Denn obgleich die Zweiteilung der Rechtsordnung auf die römische Rechtswissenschaft zurückgeht, ist sie keine begrifflich-aprioristische, sondern eine Hervorbringung der jeweiligen positiven Rechtsordnung. "Man kann daher nicht etwa fragen, ob eine bestimmte Grenzziehung richtig, sondern nur, ob sie in einer konkreten Situation zweckmäßig ist" (91).
Trotz der Veränderungen in der soziologischen Stellung des Staates sieht die herrschende Meinung das entscheidende Kriterium für das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses weiterhin im Moment der öffentlichen Gewalt, mit der der Staat an diesem teilnimmt. Öffentliches Recht liegt danach immer dann vor, wenn der Staat anderen Rechtsträgern kraft seines Überordnungsverhältnisses obrigkeitlich gegenüber tritt (92).

Hiergegen hat sich in neuerer Zeit vor allem H.J. Wolff mit der Behauptung gewandt, diese Theorie beinhalte einen Zirkelschluß (93). Da die öffentliche Gewalt des Staates Folge des Vorliegens eines öffentlichen Rechtsverhältnisses sei, könne sie nicht zum Abgrenzungskriterium gemacht werden. Wolff knüpft demgegenüber an den Rechtssatz an, auf dem die staatliche Beteiligung an einem Rechtsverhältnis beruht. Er definiert öffentliches Recht als den "Inbegriff derjenigen Rechtssätze, welche nur solche Subjekte berechtigen oder verpflichten, die ausschließlich durch Rechtssätze und Staatsakte bestimmt sind, oder die aufgrund eines Tatbestandes berechtigen oder verpflichten, der nur einem solchen Subjekt zurechenbar ist" (94).

---

(89) Forsthoff, Lehrbuch 323; E.R. Huber, WVerwR I, 51; Krüger, Auflage 384; BVerfG DÖV 1961, 504 LS 7a.

(90) Vergl. an neuerem Schrifttum zu dieser Frage: Molitor a.a.O.; Wolff, AöR 76, 205; Gygi a.a.O.; Jentsch a.a.O.

(91) Bachof VVdStRL 12, 65 und AöR 83, 227.

(92) Bachof AöR 83, 228; Forsthoff, Lehrbuch 99.

(93) in seinem o.a. Aufsatz.

(94) a.a.O. 210.

Die Kritik Wolffs an der herrschenden Lehre beruht jedoch auf einer Verkennung des Wesens der öffentlichen Gewalt und nötigt nicht zur Aufgabe dieses Kriteriums. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt liegt nicht darin, daß sie die rechtliche Folge eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses ist; wenn das richtig wäre, also die einseitige Bestimmungsmacht des Staates das öffentliche Rechtsverhältnis charakterisieren würde, so wären öffentlichrechtliche Verträge per definitionem unmöglich.

Die Überordnung des Staates und die aus ihr resultierende öffentliche Gewalt bilden vielmehr die rechtssoziologische Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer nicht auf Willensübereinstimmung, sondern auf einseitiger Rechtsgestaltung beruhenden Rechtsordnung. Dieses Verständnis des Begriffes der öffentlichen Gewalt als eines Ausflusses des zwischen dem Staat und dem Bürger tatsächlich bestehenden Über- und Unterordnungsverhältnisses führt dazu, eine Ausübung öffentlicher Gewalt und damit die Anwendung öffentlicher Rechtsformen nicht nur dort anzunehmen, wo sich die Überordnung in Geboten und Verboten als Eingriffsverwaltung verwirklicht, "sondern auch dort, wo der Einzelne anderen Formen spezifisch staatlicher Machtäußerung gegenübersteht und ihr nicht weniger unterworfen ist als den klassischen Formen der öffentlichen Gewalt" (95). In dieser Lage befindet sich der Bürger weitgehend gegenüber der Tätigkeit der Leistungsverwaltung, bei der aufgrund der "realen Angewiesenheit" (Ipsen) des Empfängers und einer faktischen und rechtlichen Monopolsituation des Staates eine Rechtslage besteht, die praktisch dem Über- und Unterordnungsverhältnis der Staatsgewalt entspricht (96). Diese ökonomische Macht des Staates mit der privater Wirtschaftsunternehmen gleichsetzen zu wollen, geht nicht an, da sie nicht auf erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit beruht, sondern primär auf der Steuerpotenz (97).

Positivrechtlich läßt sich diese Wandlung des Wesens der Staatsmacht aus Art. 1 und 19 des Grundgesetzes ablesen, durch die staatliche bzw. öffentliche Gewaltausübung den Schranken der Grundrechte unterworfen ist. Soll die Bezeichnung der Bundesrepublik als sozialer Rechtsstaat keine leere Floskel bleiben, so muß auch die gewährende Verwaltung an die Grundrechte gebunden sein, eine Feststellung, die heute wohl niemand

---

(95) Bachof VVdStRL 12, 65.
(96) Fleiner, Institutionen 127; Gygi a.a.O. 20; Mallmann VVdStRL 19, 191.
(97) Bachof VVdStRL 19, 260.

mehr bestreitet und die gleichzeitig die Anerkennung der Tatsache bedeutet, daß staatliches Handeln schlechthin, sowohl in den Formen der Eingriffsverwaltung, als auch in denen der Leistungsverwaltung, Ausübung staatlicher bzw. öffentlicher Gewalt ist (98).

23. DER ÖFFENTLICHRECHTLICHE VERTRAG

Es leuchtet ein, daß dieses Verständnis des öffentlichen Rechtes, bei dem die öffentliche Gewalt unabhängig von ihrer Verwirklichung in einem konkreten Rechtsverhältnis vorhanden ist, die Lehre von den Entstehungstatbeständen öffentlichrechtlicher Rechtsbeziehungen beeinflussen muß. Die tatsachliche Überordnung des Staates muß sich nicht notwendig in der Form einseitigen Normvollzugs durch Verwaltungsakte in ein rechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis verwandeln, sie läßt vielmehr auch eine rechtsgeschäftliche, d.h. auf freier Willensübereinkunft der Beteiligten beruhende (99) Regelung von Sachverhalten zu, an denen der Staat unter Einsatz seiner übergeordneten Stellung beteiligt ist (100). Der Anerkennung solcher subordinationsrechtlicher Verträge (101) steht das Dogma von der "Gleichberechtigung", "Gleichwertigkeit", "Gleichordnung" der Parteien eines Vertrages nicht entgegen, da dieses nicht fordert, "daß die Vertragspartner nach ihrem rechtlichen Rang überhaupt gleich sein müßten, denn dann könnte der Staat solche Verträge überhaupt nicht abschließen" (102), sondern die Gleichwertigkeit der Willenserklärungen und die Gleichberechtigung der Partner innerhalb des Vertragsverhältnisses postuliert, Eigenschaften also, die nicht Voraussetzung des Vertragsschlusses, sondern Inhalt des Vertragsbegriffes sind (103).

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Vertrages als Mittel zur Gestaltung öffentlichrechtlicher Rechtsbeziehungen führt zu der Frage der Grenzen seiner Verwendbarkeit. Hier stehen sich zwei Auffassungen gegenüber: "Die als normative Ermächtigungslehre zu kennzeichnende Ansicht verlangt, daß eine Rechtsnorm, zumindest des Gewohnheitsrechts, den Ab-

---

(98) Zeidler VVdStRL 19, 226; Bachof ebenda 160.
(99) Apelt a.a.O. 269; Imboden a.a.O. 38.
(100) Apelt a.a.O. 269.
(101) Stern, VerwA 49, 143.
(102) Forsthoff, Lehrbuch 254.
(103) Forsthoff, Lehrbuch 254; Imboden a.a.O. 41.

schluß verwaltungsrechtlicher Verträge subordinationsrechtlichen Charakters ausdrücklich gestattet" (104).
Die Gegenmeinung glaubt, die Vertragsform, abgesehen von den Fällen ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung, überall dort als Verwaltungsmittel zulassen zu dürfen, "wo ein Ausgleich entgegenstehender Interessen gefordert wird, der Gesetzgeber aber von einer Regelung abgesehen hat" (105). Der Umfang dieser sich einer Durchnormierung entziehenden Sondergebiete ist zwar klein, da insbesondere die Eingriffsverwaltung unter dem Postulat rechtssatzmäßiger Bindung steht (106), ihre Existenz aber deshalb zu leugnen, besteht kein Anlaß (107).

Im Rahmen der so gefundenen Zulässigkeitsgrenzen entscheidet sich die Frage, ob eine konkrete Rechtsbeziehung als öffentlichrechtlicher Vertrag qualifiziert werden muß, danach, ob "der Gegenstand der Willenserklärung und der Inhalt des entstehenden Rechtsverhältnisses ... sich auf eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung beziehen, die nur im Rahmen des öffentlichen Rechts erfüllt werden kann" (108).

Methodisch ist also, wie Imboden nachgewiesen hat (109), immer zunächst zu prüfen, ob eine vertragliche Einigung auf einem Sachgebiet vorliegt, das nicht durch allgemeines objektives Verhaltensrecht geordnet ist. Ist das der Fall, so ist an Hand der dargelegten Kriterien zu untersuchen, ob es sich hier um einen Vertrag des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts handelt.

Die aus einer funktionellen Betrachtung des Begriffs der öffentlichen Gewalt hergeleitete Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht und die aus ihr gezogenen Schlußfolgerungen für die verfügungsmäßige oder rechtsgeschaftliche Begründung der öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen werden die Grundlage der folgenden Untersuchung bilden.

---

(104) OVG Münster DÖV 1960, 798; Fleiner, Institutionen 250 ff.; Stern VerwA 49, 146-150.

(105) Apelt a.a.O. 270 und 250; Imboden a.a.O. 74; Salzwedel a.a.O. 104; BVerwG NJW 1957, 555 (556) und 1610 (1611); OVG Münster DÖV 1960, 798.

(106) Imboden a.a.O. 74; Forsthoff a.a.O. 254.

(107) Apelt a.a.O. 270; OVG Münster DÖV 1960, 798.

(108) Apelt a.a.O. 253; ebenso Forsthoff, Lehrbuch 255; Imboden a.a.O. 40; Salzwedel a.a.O. 97; Stern VerwA 49, 146; OVG Münster DÖV 1957, 374 (375); VG Frankfurt BB 1960, 1040.

(109) Imboden a.a.O. 61 f.; ebenso Forsthoff, Lehrbuch 255.

Drittes Kapitel

Staatliche Kreditgewährung als materielle Hoheitsverwaltung

31. KREDITGEWÄHRUNG IST LEISTUNGSVERWALTUNG

Unter den Maßnahmen, die der Staat trifft, um einen gestaltenden und lenkenden Einfluß auf die Sozialordnung auszuüben, nimmt die Vergabe von Krediten einen hervorragenden Platz ein.

Obgleich es zum Wesen eines Kredites gehört, daß er eines Tages zurückgezahlt werden muß, ist die - wenn auch nur zeitweilige - Zurverfügungstellung von Kapital durch den Staat dennoch eine echte Leistung und die Untersuchung der verschiedenen, mit dieser Leistung verbundenen Zwecke hat die nicht zu bestreitende Tatsache unterstrichen, daß, wo immer öffentliche Gelder verteilt werden, auch staatlich gelenkt wird (110). Der staatliche Kredit bildet so ein deutliches Beispiel für die Umorientierung der Staatstätigkeit, mit ihm verfolgt der Staat ein bestimmtes Sozialordnungsziel durch die Vergabe von Leistungen.

Soweit die Kredite zu Lenkungsmaßnahmen gegenüber der Wirtschaft verwendet werden, gehören sie zum Instrumentarium der staatlichen Intervention in die Wirtschaft. Diese umfaßt "jene Maßnahmen des Staates, welche in das freie Spiel der Marktkräfte, diese teilweise korrigierend, eingreifen und dadurch Produktion oder Verteilung oder beides zusammen verändern, die aber nicht von jenem Ausmaß und jener Grundsätzlichkeit sind, wie es notwendig wäre, um an die Stelle der privaten Unternehmerdisposition staatliche oder doch staatsbedingte, umfassende Planwirtschaft und an die Stelle des Privateigentums grundsätzlich Kollektiveigentum zu setzen" (111).

Hinsichtlich der Mittel, deren sich die Verwaltung zur aktiven Lenkung und Beeinflussung des Wirtschaftsablaufes (112) bedient, unterscheidet

---

(110) Schüle a.a.O. 95; diese Feststellung widerlegt die Meinung derer, die Kredite zu nicht wirtschaftlichen Zwecken aus der Betrachtung der staatlichen Lenkungsmittel ausschließen wollen, da mit ihnen keine Lenkungsabsichten verfolgt würden.

(111) Marbach a.a.O. 37.

(112) Scheuner VVdStRL 11, 7.

man direkte und indirekte Interventionen. "Als direkte Eingriffe bezeichnet man dabei eine Tätigkeit, bei der der Staat sich mit bindenden rechtlichen Weisungen und Zwangsgeboten an den Einzelnen wendet, um von ihm ein Handeln, Dulden oder Unterlassen zu verlangen, und bei der er offen und ausschließlich wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt. Unter den Begriff des indirekten Eingriffs fallen dagegen zwei von einander völlig verschiedene Arten staatlicher Interventionen: Einerseits Maßnahmen, bei denen der Staat das erwünschte Verhalten des Einzelnen nicht durch Befehl oder Zwang, sondern durch einen wirtschaftlichen Anreiz, eine Verlockung oder umgekehrt eine Diskriminierung zu erreichen versucht; andererseits Handlungen, die zwar Gebote oder Verbote beinhalten, jedoch ihrer Bestimmung nach nicht der Wirtschaftspolitik, sondern der Erfüllung andersartiger staatlicher Ziele dienen" (113).

Innerhalb dieses Schemas gehört der staatliche Kredit offensichtlich zu den indirekten Mitteln staatlicher Lenkung und Intervention (114), mit denen der Staat durch die Befriedigung eines Einzelinteresses die Sozialordnung schöpferisch gestaltet (115), um eine im öffentlichen Interesse gelegene Struktur zu erzielen.

Diese Finalität erlaubt es, den staatlichen Kredit der dynamischen im Gegensatz zur statischen Funktion der Leistungsverwaltung zuzuordnen (116). Streitig ist, ob sie dem Komplex der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind (117), doch gehören sie sicher im weiteren Sinne dazu (118).

Der staatliche Kredit gehört damit zu den "Mitteln der leichten Hand" (119), die es dem modernen Lenkungsstaat ermöglichen, seine dynamische Gesellschaftsordnungsfunktion durch die "lautlose Gewalt" (120) der indirekten Intervention zu erfüllen.

---

(113) Ehlermann a.a.O. 26.

(114) Scheuner VVdStRL 11,69 LS 11.

(115) Begriff von Kunze DVBl 1960,311.

(116) Menger DVBl 1960,299.

(117) Forsthoff, von dem dieser Begriff stammt, versteht darunter "alles, was von seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit in den Genuß nützlicher Leistungen zu setzen" (Lehrbuch 322); Bachof (VVdStRL 12,55), Hamann (DVBl 1963,492) und Scheuner (VVdStRL 11,40) haben sich gegen, Menger (DVBl 1960,298) hat sich für ein Unterfallen der Kredite unter diesen Begriff ausgesprochen.

(118) Ballerstedt AöR 74,147.

(119) Isay a.a.O. 421.

(120) Erler, Kraus-Festschrift, 37.

32. KREDITGEWÄHRUNG IST HOHEITSVERWALTUNG

In Literatur und Rechtsprechung herrscht fast völlige Einmütigkeit darüber, daß die Frage, ob die Leistungsverwaltung durch Gewährung von Krediten der hoheitlichen oder der fiskalischen Staatstätigkeit zuzurechnen ist, zugunsten der Hoheitsverwaltung entschieden werden muß (121). Die Begründungen, die hierfür gegeben werden, lassen sich in drei große Gruppen unterteilen.

321. Negative Abgrenzung

Da der Staat entweder fiskalisch oder hoheitlich tätig wird, dient manchen Autoren die Feststellung, daß rein privatwirtschaftliche Ziele, insbesondere das des Gewinnstrebens, bei der Vergabe von Krediten regelmäßig nicht entscheidend sind (122), dazu, diese als nicht fiskalische, daher hoheitliche Verwaltung zu kennzeichnen. Die Verwaltung trifft diese Maßnahmen nicht als Teilnehmer am allgemeinen Rechtsverkehr (123), und sie handelt hierbei nicht nach privatwirtschaftlichen Erwägungen (124).

Der tiefere Grund für diese Ablehnung des fiskalischen Staatshandelns liegt in der rechtsstaatlichen Erwägung, daß auch die Leistungsverwaltung, gleichgültig in welcher Rechtsform sie erfolgt, unter der Herrschaft der Grundrechte stehen muß Eine Emanzipation der Exekutive von den rechtsstaatlichen Verfassungsprinzipien kommt nur dann in Betracht, wenn der Staat aktiv und unmittelbar zu erwerbswirtschaftlichen Zwekken am Wirtschaftsablauf teilnimmt (125).

322. Positivistische Begründung

Eine zweite Gruppe von Stimmen betont, daß die Vergabe von Krediten hoheitliche Verwaltung ist, da sie in Durchführung öffentlicher Aufgaben

---

(121) Soweit ersichtlich, wird dies nur von Flessa unter Hinweis auf den der staatlichen Wirtschaftsintervention entgegenstehenden Grundatz der Marktwirtschaft bestritten: NJW 1954, 538.

(122) Erler, Kraus-Festschrift, 33.

(123) BVerwGE 7, 180.

(124) OVG Münster VerwRspr 5, 874.

(125) Ipsen DVBl 1956, 465 u. Filmgutachten 20 (zit. nach Ipsen, DVBl 1956, 465); Forsthoff, Lehrbuch 88; OVG Saarlouis AS 7, 231 (232).

geschieht. Zur Frage, warum in der Kreditverwaltung eine öffentliche Aufgabe gesehen werden muß, wird entweder nicht Stellung genommen (126), oder die Begründungen verharren im Positivismus: die öffentliche Aufgabe kann aus der Tatsache geschlossen werden, daß zu ihrer Durchführung öffentliche Mittel eingesetzt werden (127), oder daraus, daß eine öffentlichrechtliche Körperschaft sie wahrnimmt (128). Auch die Feststellung eines Gesetzes, die Förderung werde als öffentliche Aufgabe angesehen, genügt zur Begründung des Vorliegens hoheitlicher Verwaltung (129).

323. Funktionelle Betrachtung

Die Frage nach dem hoheitlichen Charakter der Leistungsverwaltung, insbesondere durch Vergabe von Krediten, muß jedoch tiefer angesetzt werden. Sie muß im Zusammenhang mit der schon dargestellten Veränderung des Verhältnisses des Staates zur Gesellschaftsordnung gesehen werden. Die Ereignisse des 20. Jahrhunderts, insbesondere die zwei Weltkriege und die Wirtschaftskrise Ende der Zwanziger Jahre, haben die Sozialstruktur derartig stark in Mitleidenschaft gezogen, daß die Selbstordnungskräfte der Gesellschaft nicht mehr ausreichen, um das soziale und wirtschaftliche Gleichgewicht zu sichern. Dessen Wiederherstellung und Schutz wird damit zu einer öffentlichen Aufgabe, die dem Staat als dem einzigen intakten und mit dem erforderlichen Instrumentarium zur Bewältigung dieser Aufgabe ausgestatteten sozialen Faktor zufällt. Mit der repressiven Technik der Eingriffsverwaltung ist jedoch auch er nicht in der Lage, diese Aufgabe wirksam zu erfüllen. "Wenn der moderne Staat dem Verlangen nach einem gewissen Maße sozialer Sicherheit, nach Schutz im Alter, nach Ausgleich für die Schäden und Umwälzungen des Krieges und der Nachkriegszeit nachkommen will, kann er nicht darauf verzichten, in einem begrenzten Umfange auch gestaltend in den Lauf des wirtschaftlichen und sozialen Prozesses einzugreifen" (130).

---

(126) Forsthoff, Lehrbuch 88 und 113; Bellstedt, DÖV 1961, 168.
(127) LVG Hamburg BBauBl 1954, 495.
(128) Erler, Kraus-Festschrift 32; BVerwGE 6, 244.
(129) Haarmann DVBl 1956, 598 u. BVerwGE 1, 308 (309 f.), beide unter Berufung auf § 1 des 1. und 2. WoBauG.
(130) Scheuner VVdStRL 11, 15.

Tut er dies mittels der Vergabe von Krediten, so erfüllt er die ihm gestellte öffentliche Aufgabe, da er sich um die Förderung des Gemeinwohls und der gerechten Sozialgestaltung bemüht (131). Nicht nur die Bekämpfung bestimmter sozialer Störungen (132), sondern jede staatliche Tätigkeit auf dem Gebiet sozialer Förderung fällt unter diese Aufgabe (133). Die staatliche Wirtschaftslenkung bildet nur einen Auschnitt aus ihr, wirtschaftsfördernde Maßnahmen in Gestalt von Krediten werden vom Staat daher in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ergriffen (134).

Aus dem Staatszweck ergibt sich, daß der Staat eine öffentliche Aufgabe grundsätzlich als solcher, d.h. als Hoheitsträger erfüllt (135). Daß dies auch für die Sozialgestaltungsaufgabe gilt, fordert nicht nur der Umfang der zu bewältigenden Probleme (136), sondern unter der Herrschaft des Grundgesetzes ist dies eine rechtliche Notwendigkeit geworden. Die in Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes festgestellte Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik bedeutet einen Verfassungsauftrag an den Staat als Hoheitsträger zur Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und zur Abhilfe sozialer Bedürftigkeit (137), aus ihr ergibt sich "Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit des Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung" (138). Bei der Gewährung von Krediten zu gesellschaftsordnenden Zwecken handelt der Staat daher in Erfüllung seiner sozialstaatlichen Pflichten (139).

Als Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß die staatliche Kreditgewährung materiell staatliche Hoheitsverwaltung ist, da der Staat sich dieser Aufgabe in Erfüllung seiner ihm vom Grundgesetz zugewiesenen sozialstaatlichen Pflichten unterzieht (140).

---

(131) Erler, Kraus-Festschrift, 32; OVG Berlin JR 1955, 75; BayVerfGH DÖV 1960, 833.
(132) Hamann, BB 1953, 865.
(133) BGH BBauBl 1957, 524.
(134) Ehlermann a.a.O. 33 f.; Hamann BB 1953, 865; Henze a.a.O. 51; Huber, WVerwR II, 199; Schoen DÖV 1953, 612; BVerwGE 1, 308 (309); OVG Münster BBauBl. 1955, 577; BVerwGE 13, 47.
(135) BVerfGE 12, 205 (206).
(136) ein Gesichtspunkt, auf den BVerwGE 7, 180 (182) hinweist.
(137) BVerwGE 7, 180 (182).
(138) Ipsen VVdStRL 10, 74.
(139) Hamann BB 1953, 865.
(140) Brossok NJW 1957, 1057.

Viertes Kapitel

Die Rechtsform des staatlichen Kredits

Die Feststellung, daß die staatliche Kreditgewährung hoheitliche Tätigkeit ist, genügt nicht, um sie in eine der beiden Formen staatlichen Tätigwerdens, das öffentliche oder das private Recht, einzuordnen, da die leistende Hoheitsverwaltung anders als die obrigkeitliche Verwaltung nicht im Verhältnis allgemein anerkannter, notwendiger Verknüpfung zur Rechtsform des öffentlichen Rechts steht. Für die Beantwortung der Frage nach der Rechtsform sind daher zusätzliche Kriterien erforderlich.

Nach herrschender Auffassung existieren für die Gewährung staatlicher Leistungen objektive Abgrenzungsgesichtspunkte nicht, vielmehr steht es dem Staat frei, ob er sich zur Erreichung seiner Ziele des öffentlichen oder des Privatrechts bedienen wolle (141). Begründet wird dieses Prinzip nur mit der negativen Feststellung, daß überall dort, wo der Staat nicht obrigkeitlich tätig werde, eine Notwendigkeit zur Benutzung des öffentlichen Rechts nicht bestehe (142).

Das Recht zur Wahl zwischen den Rechtsformen stehe in erster Linie dem Gesetzgeber zu. Entscheide er sich nicht, und setze die vom Staat zu ergreifende Maßnahme auch kein spezifisches Über- und Unterordnungsverhältnis voraus, so habe die Exekutive die Wahl. Dieses Recht der Verwaltung könne also zwar durch den Gesetzgeber beschränkt werden, aus allgemeinen Regeln des geltenden Verfassungsrechtes und den Grundrechten lasse sich aber eine derartige Beschränkung zur Zeit nicht ableiten (143).

Diese Lehre ist in der vorgetragenen Allgemeinheit nicht haltbar. Eine Beschränkung der Befugnis der Verwaltung - und des Gesetzgebers - zur Wahl der geeigneten Rechtsform ergibt sich vielmehr mit Notwendigkeit aus der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Ohne Rücksicht auf die Natur der betreffenden staatlichen Tätigkeit kann diese Wahl nicht getroffen werden. Ist diese Tätigkeit spezifisch hoheitlicher Natur, setzt sie also ein Über- und Un-

---

(141) Flessa, DVBl 1957, 120 und DÖV 1959, 106; Gygi a.a.O. 18 f.; Hamann, Rechtsstaat 98; Krüger, Auflage 384; Wolff, Verw R I, 80; BGHZ 20, 102 (104); BayVerfGH BayVerwBl 1954, 275.

(142) Flessa DVBl 1957, 120; Gygi a.a.O. 12; Krüger, Auflage 384.

(143) Flessa DVBl 1957, 120.

terordnungsverhältnis voraus und könnte sie demzufolge von einem Privatmann nicht ausgeübt werden, dann kann sie nur in den Formen des öffentlichen Rechts durchgeführt werden (144). Die Erklärung des Staates ist also nur dann beachtlich, wenn sie mit dem wirklichen rechtlichen Gepräge des Rechtsverhältnisses übereinstimmt (145).

Die Rechtsnatur einer bestimmten staatlichen Tätigkeit - im vorliegenden Fall der Kreditvergabe - kann daher nicht allein aufgrund der Tatsache ins Zivilrecht verwiesen werden, daß der Gesetzgeber zu seiner Charakterisierung Begriffe verwendet, die dem Zivilrecht entnommen sind, sondern das Rechtsverhältnis muß materiell daraufhin untersucht werden, ob der Staat in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig wird oder nicht.

Erleichtert wird diese Prüfung dadurch, daß bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung ein Erfahrungssatz dafür spricht, daß die Verwaltung in der Regel auch in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse tätig wird und sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben öffentlichrechtlicher Maßnahmen bedient (146).

---

(144) E.R. Huber DÖV 1956, 355 ; Krüger, Auflage 384.

(145) BayVerfGH BayVerwBl 1956, 274 (275).

(146) BGHZ 4, 266 und BVerwG VerwRspr 13, 629 (631) bezeichnen dies als einen allgemeinen Grundsatz der Verwaltung; Ipsen (Jellinek-Gedächtnisschrift, 603) spricht von einer Vermutung.

Fünftes Kapitel

Die Zweistufigkeitslehre

Die durchaus herrschende Lehre und Rechtsprechung sehen den staatlichen Kredit als ein aus öffentlichem Recht und Privatrecht gemischtes Rechtsinstitut an, eine Theorie, die seit Ipsens bahnbrechender Schrift zur öffentlichen Subventionierung Privater die Bezeichnung Zweistufigkeitslehre führt (147).

Schlagwortartig läßt diese sich dahingehend charakterisieren, daß der Vorgang der Kreditgewährung in zwei Teile zerlegt wird, eine öffentlichrechtliche Bewilligung und ein privatrechtliches Erfüllungsgeschäft (148), das sich als Darlehensvertrag darstelle. Über das "Ob" der Leistung werde durch Hoheitsakt entschieden, das "Wie" bleibe einem privatrechtlichen Vertrag vorbehalten (149).

Konkret bedeutet dies, daß über den Antrag des Bürgers auf Gewährung eines Kredites zunächst eine staatliche Stelle durch Hoheitsakt entscheide. In Erfüllung des sich aus diesem begünstigenden Verwaltungsakt ergebenden Anspruches des Bürgers auf Kreditgewährung werde daraufhin mit ihm ein privatrechtlicher Darlehensvertrag abgeschlossen. Erfolge die Kreditgewährung unter Einschaltung eines Kreditinstitutes, so schließe das Kreditinstitut den Darlehensvertrag ab (150); in den Fällen, in denen die entscheidende Stelle den Kredit auch selbst verwalte, schließe sie selbst den Darlehensvertrag ab. Dabei sei es gleichgültig, ob in concreto zwei Äußerungen der Behörde vorlägen oder ob der Verwaltungsakt und die privatrechtliche Willenserklärung zusammenfielen, gedanklich lägen zwei verschiedene Äußerungen vor (151).

51. IHRE RECHTSSYSTEMATISCHE AUSGESTALTUNG

Die rechtssystematische Ausgestaltung der Zweistufigkeitslehre ist im einzelnen umstritten und unklar. Die Divergenzen betreffen zwei we-

---

(147) Ipsen DVBl 1956, 604.
(148) Ipsen VVdStRL 11, 130 und DVBl 1956, 604.
(149) Maunz BayVerwBl 1962, 1(3); Menger DÖV 1955, 591.
(150) vergl. etwa die Einschaltungsbestimmungen bei Aufbaudarlehen (§ 1 Abs. 1).
(151) BVerwGE 7, 89.

sentliche Fragen, nämlich einmal die Art der Beziehungen zwischen dem zugrundeliegenden Verwaltungsakt und dem privatrechtlichen Erfüllungsgeschäft, zum anderen das Verhältnis der privatrechtlichen, vertraglichen zu der durch den Verwaltungsakt geschaffenen, öffentlichrechtlichen Beziehung.

Von geringerer Bedeutung ist dagegen ein Problem, das Flessa verschiedentlich aufgeworfen hat und das er zum Ansatzpunkt seiner Kritik an der Zweistufigkeitslehre macht. Nach seiner Auffassung können für den rechtsschutzsuchenden Bürger Schwierigkeiten dadurch entstehen, daß der Verwaltungsakt den Inhalt des anschließenden Vertrages mit unterschiedlicher Genauigkeit festlege (152). Ein inhaltliches Auseinanderfallen von Verwaltungsakt und Vertrag ist jedoch nicht nur praktisch nicht vorstellbar, sondern nach jeder der darzustellenden Auffassungen über das Verhältnis von Verwaltungsakt und Vertrag wäre auch letzterer nichtig, soweit er die inhaltlichen Festlegungen durch den Verwaltungsakt nicht beachtet.

511. Zur Frage der Beziehung zwischen Verwaltungsakt und Vertrag stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. Nach der einen ist der Verwaltungsakt Teil des Vertrages, er ersetzt die nach Privatrecht erforderliche Willenserklärung des Vertragspartners Staat (153). Denn "ein Rechtsverhältnis ist auch nicht deshalb öffentlichrechtlich, weil es durch Verwaltungsakt begründet worden ist. Die öffentlichrechtliche Natur des Begründungsvorganges hat keineswegs zur Folge, daß auch der Inhalt des Rechtsverhältnisses öffentlichrechtlich sein müßte. Der privatrechtsgestaltende, hier m.E. besser der privatrechtsbegründende Verwaltungsakt ist eine bekannte Rechtsfigur" (154). Demgegenüber sind die Mehrzahl der Autoren und die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung der Meinung, daß der das öffentliche Pflichtverhältnis begründende Verwaltungsakt und die den privatrechtlichen Vertrag schaffende Willenserklärung begrifflich scharf auseinandergehalten werden müssen, selbst wenn sie im konkreten Einzelfall einmal zusammen

---

(152) Flessa (DVBl 1957, 83 und 1960, 137) unterscheidet den allgemeinen, bedingungslosen, den detaillierten, bedingten und den modifizierten, aber bedingungslosen Verwaltungsakt.

(153) Forsthoff, Lehrbuch 181, Anm. 3; Krüger, Auflage 567; Menger DÖV 1955, 591; Obermayer JZ 1962, 377; Siebert a.a.O. 225.

(154) Siebert, a.a.O. 224.

fallen sollten (155). Hinsichtlich der Bedeutung des Verwaltungsaktes für den privatrechtlichen Vertrag wird auf eine eindeutige Klärung der Frage bewußt verzichtet, "ob etwa die Bewilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung, Rechtsbedingung oder causa der Zivilrechtsbeziehung zweiter Stufe anzusehen ist" (156). Da jedoch im Falle der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes das Darlehen als ohne rechtlichen Grund gegeben betrachtet wird und daher kondizierbar ist (157), ergibt sich, daß der Verwaltungsakt als Rechtsgrund, als causa des Vertrages angesehen wird (158).

512. In der Frage des Einflusses des öffentlichrechtlichen Elements der Begünstigung auf die privatrechtlichen Verträge gehen die Meinungen weit auseinander.

Den Vorzug der Klarheit und Einfachheit hat die Auffassung, die davon ausgeht, daß der Verwaltungsakt eine Pflicht der Verwaltung zum Abschluß eines entsprechenden privatrechtlichen Vertrages begründet habe. Durch dessen Abschluß werde der Verwaltungsakt vollzogen. "Der Vollzug des begünstigenden Verwaltungsaktes bringt das öffentliche Rechtsverhältnis zum Erlöschen. Der zum Vollzug des Verwaltungsaktes abgeschlossene Bank- oder Darlehensvertrag ist, auch wenn dem Kreditinstitut ggfs. hoheitlich aufgetragen, ein rein privatrechtlicher Vertrag" (159). Damit stehe fest, daß nach Abschluß des mit dem Verwaltungsakt übereinstimmenden Vertrages auftauchende Fragen ausschließlich nach

---

(155) Bellstedt DÖV 1961, 169; Bullinger DÖV 1960, 748; Dickmann DÖV 1957, 279; Erler, Grundprobleme 192; Haarmann DVBl 1956, 602; Henze a.a.O. 46; Ipsen AöR 78, 292, VVdStRL 11, 130; JZ 1952, 761, Gleichheit 148 f., DVBl 1956, 609 und VerwA 50, 94; Isay a.a.O. 419; Krüger, Auflage 385; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 137 und 138; Scheuner DÖV 1957, 383; Schüle a.a.O. 98; Stern JZ 1959, 510 und 1960, 560; Ule § 40 Anm. II und § 42 Anm. IV 1c; BVerwGE 1, 308 (309), E 7, 89 und E 7, 180; OVG Berlin JR 1955, 75; OVG Hamburg BBauBl 1959, 642; OVG Münster VerwRspr 5, 874, BBaubl 1957, 629 und OVGE 14, 274; LVG Hamburg BBauBl 1954, 495; LVG Koblenz BBauBl 1954, 177.

(156) Ipsen DVBl 1956, 609.

(157) Ipsen DVBl 1956, 609; Werner a.a.O. 109.

(158) Ebenso Imboden a.a.O. 162.

(159) Dickmann DÖV 1957, 279.

bürgerlichem Recht zu behandeln seien (160).

Demgegenüber ist Ipsen der Ansicht, "die Vorstellung, die aus der hoheitlichen Bewilligung erststufig begründete verwaltungsrechtliche Beziehung werde durch den Abschluß des zivilrechtlichen Erfüllungsvertrages konsumiert und damit beendet, (werde) der Eigenart der Beziehungen nicht gerecht" (161). Zwar sei es richtig, daß der Vertrag selbst nur den Regeln des Zivilrechts folge, aber, mit ihm "wechselseitig verschränkt", laufe die öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung parallel zu ihm weiter (162). Das bedeute in materieller Hinsicht, "daß die auch nach Auskehrung der Subventionsmittel fortbestehende öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung erster Stufe in die Vertragsbeziehung zweiter Stufe hineinwirkt und selbst dann, wenn in dieser solche Befugnis nicht ausdrücklich stipuliert worden sind, Aufhebungsgründe öffentlichen Rechts zu entsprechender zivilrechtlicher Gestaltung ermächtigen" (163).

Weiterhin wird die Meinung vertreten, daß hier nicht zwei unabhängige Rechtsbeziehungen nebeneinander herlaufen, daß vielmehr nur eine vertragliche Beziehung vorliege, der aber "trotz ihrer zivilrechtlichen Gundstruktur nicht jeder publizistische Gehalt fehlen wird" (164). Das bedeute, daß zwischen Staat und Kreditnehmer nur eine einheitliche Rechtsbeziehung bestehe, die weder rein öffentlichrechtlich noch rein privatrechtlich ausgestaltet sei, sondern für die ein "Verwaltungsprivatrecht" gelte, "dessen Besonderheit u.a. darin besteht, daß die Träger der Verwaltung hier nicht im Vollgenuß der rechtsgeschäftlichen Autonomie sind, sondern etlichen öffentlichrechtlichen Bindungen unterliegen" (165), "die ergänzend zu den Normen des bürgerlichen Rechts hinzutreten" (166).

---

(160) Von einem anderen Verhältnis zwischen Verwaltungsakt und Vertrag ausgehend kommt auch Siebert (a.a.O. 238) zu dem Ergebnis, daß die Verwaltung sich mit dem Vertrag "voll auf das Gebiet des Privatrechts" begebe.

(161) Ipsen DVBl 1956, 609.

(162) Ipsen DVBl 1956, 609; ebenso Henze a.a.O. 85 f.; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 138; OVG Münster OVGE 14, 274.

(163) Ipsen DVBl 1956, 610.

(164) Köttgen DVBl 1953, 490.

(165) Wolff VerwR I, 82.

(166) Forsthoff, Lehrbuch 113; auch Bachof vertritt diese Auffassung: VVdStRL 12, 61 f.

Noch einen Schritt weiter in der öffentlichrechtlichen Durchdringung des Erfüllungsgeschäftes geht schließlich Hamann (167). Auch er geht davon aus, daß eine einheitliche Beziehung zwischen Staat und Begünstigtem bestehe, deren Gestaltungsform privatrechtlicher Art sei. Inhaltlich aber sei das Verhältnis ein öffentlichrechtliches, denn "geht man davon aus, daß die Frage, ob im Einzelfall ein Kredit aus öffentlichen Mitteln gewährt werden soll, dem öffentlichen Recht angehört, daß also hier öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen dem Staat und dem Empfänger bestehen, dann besteht kein Anlaß zu der Ansicht, daß mit der Gewährung des Kredits usw. diese öffentlichrechtlichen Beziehungen beendet seien, man wird vielmehr anzunehmen haben, daß dieses Verhältnis fortbesteht. Daran ändert auch der Abschluß eines bürgerlichrechtlichen Kreditvertrages nichts; dieser Vertrag ist nur die Form, in der der Staat als Leistungsträger auftritt" (168). Vor der Konsequenz aus dieser Auffassung, Streitigkeiten aus diesem Vertrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuweisen, scheut Hamann nichtsdestoweniger zurück, obgleich er dies für methodisch richtig hält (169).

Diese Darstellung der Zweistufigkeitslehre in ihren verschiedenen Ausformungen zeigt, daß sie, obgleich sie in Rechtsprechung und Lehre vorherrscht, ja sogar in die Gesetzgebung Eingang gefunden hat (170), von einer einheitlichen Durchbildung noch weit entfernt ist.

52. BEGRÜNDUNG DER ZWEISTUFIGKEIT

521. Begründung aus dem Verfahren

Die Zerlegung des Vorganges der Kreditgewährung in zwei, verschiedenen Rechtsordnungen unterworfene Rechtsbeziehungen findet ihre Begründung in der Ausgestaltung des hierbei angewandten Verfahrens. "In der Mehrzahl der gesetzlichen Regelungen der wichtigsten Subventionstypen und auch dort, wo sie fehlen, ist vorgesehen und erweist sich nämlich, daß die Entschließung der Verwaltung zum Antrag des Privaten im Falle positiver Erledigung lediglich Vorstufe und Voraussetzung

---

(167) Hamann BB 1953, 865; ihm folgend Bellstedt DÖV 1961, 161; Schoen DÖV 1953, 612; Strickrodt a.a.O. 71.

(168) Hamann BB 1953, 866

(169) ebenda.

(170) § 102 des 2. WoBauG.

zur Herstellung einer Sekundärbeziehung ist, innerhalb derer die eigentliche Subventionsleistung erfüllt wird" (171). Zwischen der Gewährung einerseits und deren Vollzugsgeschäft andererseits bestehe also eine deutliche Zäsur, die es rechtfertige, die beiden Teile verschiedenen Rechtsordnungen zu unterstellen. "Diese Zäsur wird bei der Kreditgewährung noch dadurch unterstrichen, daß nur die Zulassung des Kredits durch positive Entscheidung der Verwaltungsbehörde erfolgt, während die Ausführung des Vollzugsgeschäfts, der Abschluß des Darlehensvertrages vielfach privaten Kreditinstituten anvertraut ist" (172).

522. Die Notwendigkeit einer privatrechtlichen Stufe

Zur Erklärung, weshalb die herrschende Meinung die zweite Stufe des Kreditierungsvorganges dem Privatrecht zuordnet, muß auf die Theorie zurückgegriffen werden, derzufolge der Staat bei der Verwaltung durch Vergabe von Leistungen befugt ist, die Rechtsform seiner Handlungen frei zu wählen. Was die staatlichen Kredite angehe, so ergebe eine Untersuchung des positiven Rechts unzweideutig den Willen des Staates, die Beziehung zwischen der Verwaltung und dem Begünstigten privatrechtlich zu gestalten (173). Das folge daraus, daß der dem Privatrecht entstammende Begriff des Darlehens verwendet werde (174), daß von Vertragsschlüssen gesprochen werde (175) und daß Streitigkeiten aus diesen Verträgen auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen würden (176).

Diese Entscheidung des Staates für die Verwendung des Privatrechts zur Regelung der Beziehung zwischen sich und dem Kreditnehmer wird von der Lehre und der Rechtsprechung anerkannt, und, soweit sie nicht als

---

(171) Ipsen DVBl 1956, 603. (172) Henze a.a.O. 44.

(173) Hamann BB 1953, 865; Henze a.a.O. 71; Ipsen DVBl 1956, 609; Siebert a.a.O. 238.

(174) Vergl. etwa §§ 3, 5 und 20 des 1. und §§ 21 und 42 des 2. WoBauG, §§ 1 ff. des Handelsschiffsdarlehensgesetz, § 2 des BergarbeiterWoBauG.

(175) § 5 der 1. DVO zum Handelsschiffsdarlehensgesetz.

(176) § 102 Abs. 2 des 2. WoBauG; Henze a.a.O. 71; im strengen Sinne handelt es sich hierbei nicht um Zuweisungen, sondern um Gerichtsstandbestimmungen, da der privatrechtliche Charakter der Leistung sie nach § 13 GVG der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuweist: Siebert a.a.O. 238.

sich aus dem positiven Recht ergebend hingenommen wird (177), werden zu ihrer Unterstützung die folgenden Argumente herangezogen.

5221. Einmal entspricht die Interessenlage im Falle einer Kreditgewährung durch den Staat nach Meinung der Vertreter der Zweistufigkeitslehre der einer privatrechtlichen Beziehung (178), da der Staat nur etwas tue, was jeder Privatmann auch zu tun berechtigt wäre. Das hier in Betracht kommende Handeln der Verwaltung - Prüfung, Anerkennung oder Ablehnung, Befriedigung des Anspruches - unterscheide sich von dem entsprechenden Handeln eines privaten Schuldners der Sache nach überhaupt nicht (179). Die Methode des Verhandelns lasse die privatrechtliche Ordnung als sachgerecht erscheinen (180), und daß die Bindung des Kreditnehmers dennoch wegen der wirtschaftlichen Überlegenheit des kapitalkräftigeren Staates ziemlich weit gehe, sei unerheblich, denn sie könnte genau so von einem privaten Kreditgeber bei einem privaten Kreditgeschäft ausgehandelt werden (181). Das Interesse schließlich an einer ordnungsmäßigen Rückzahlung sei bei einem Staatsdarlehen dasselbe wie bei einem Bankkredit (182).

5222. Weiter wird argumentiert, zur Regelung der Beziehungen zwischen Verwaltung und Kreditnehmer seien die Formen des Privatrechts hervorragend geeignet, da sie sachgerecht, praktikabel und zweckmäßig seien (183). Das Privatrecht stelle der Leistungsverwaltung eine differenzierte Ordnung inhaltlich und strukturell klarer Typen schuldrechtlicher Verträge zur Verfügung (184), so daß man nicht von Formenmißbrauch sprechen könne, wenn die Verwaltung im wahlfreien Raum die seit altersher gründlich durchdachte, privatrechtliche Gestaltung vorziehe (185). Auch die häufige Einschaltung privatrechtlicher Institutionen in den Vorgang der Kreditgewährung lasse eine privatrechtliche Gestaltung der Beziehung zwischen Begünstigtem und Kreditinstitut angebracht erscheinen (186).

---

(177) Ipsen DVBl 1956, 609; Werner a.a.O. 107.
(178) Siebert a.a.O. 246.
(179) Ehrig NJW 1959, 218.
(180) Haas DVBl 1960, 303.
(181) Flessa NJW 1954, 539; Siebert a.a.O. 238.
(182) Schüle a.a.O. 97.
(183) Krüger, Auflage 384.
(184) Haas DVBl 1960, 306; Henze a.a.O. 71; Siebert a.a.O. 236.
(185) Flessa DVBl 1957, 121.
(186) Henze a.a.O. 83.

Schließlich gebe nur das Privatrecht die Möglichkeit der Verstärkung der Beziehung durch dingliche Sicherung (187).

5223. Negativ müsse die Kreditgewährung aus dem Bereich des öffentlichen Rechts ausgeklammert werden, da dieses sich als System in einem "steinzeitlichen Zustand" (188) befinde und die für die vorsorgende und schützende Verwaltung nötigen Formen noch nicht entwickelt habe (189).

5224. Letztlich sind jedoch rechtsstaatliche Erwägungen für die Zuweisung eines gewichtigen Teiles des Vorganges der Kreditgewährung durch die Vertreter der Zweistufigkeitslehre in das Privatrecht ausschlaggebend: der Rechtsschutz des Schuldners werde durch die ordentlichen Gerichte hinreichend gewährleistet (190), und "man darf der Verwaltung nicht 'Flucht ins Privatrecht' vorwerfen, wenn sie im Interesse der Rechtssicherheit auf hoheitliche Betätigung und die damit verbundenen hoheitlichen Zwangsmittel verzichtet" (191), denn "eine freiheitliche Verfassung legt eine gewisse Liberalisierung der Verwaltung auch in Bezug auf die Mittel der Verwaltung nahe und begünstigt daher eine Tendenz zu nicht hoheitlicher Gestaltung" (192).

523. Die Notwendigkeit einer öffentlichrechtlichen Stufe

Vor die als privatrechtlich qualifizierte Abwicklungsstufe, den Darlehensvertrag, wird nach der Zweistufigkeitslehre ein öffentlichrechtlicher Hoheitsakt der Verwaltung geschaltet, nämlich die Entscheidung über das "Ob" der Kreditgewährung. Die Gründe, die dazu geführt haben, diese erste Stufe ins öffentliche Recht zu verweisen, sollen im folgenden dargestellt werden.

5231. Eine rein formale Auffassung entnimmt die öffentlichrechtliche Natur der Entscheidung aus der Organisation der sie treffenden Stelle. Da es sich um die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde bzw., wenn eine Bank oder ein besonderer Bewilligungsausschuß über den Antrag entscheidet, eines

---

(187) Gygi a.a.O. 21; Siebert a.a.O. 236.
(188) Haas DVBl 1960, 306.
(189) Flessa DVBl 1957, 120; Haas DVBl 1960, 307; Henze a.a.O. 72; Siebert a.a.O. 246.
(190) Gygi a.a.O. 21; Haas DVBl 1960, 303; Flessa NJW 1958, 1276 und DVBl 1960, 137.
(191) Flessa DVBl 1957, 121.
(192) Siebert a.a.O. 246.

Funktionsträgers öffentlicher Verwaltung handle, wird die ausgeübte Tätigkeit dem offentlichen Recht zugerechnet (193). Auch die Tatsache, daß die Kreditgewährung unter Einsatz öffentlicher Mittel erfolgt, dient zur Begründung der öffentlichrechtlichen Konstruktion (194).

5232. Von der Funktion der Kreditgewährung wird ebenfalls auf die zu ihrer Durchführung verwandte Rechtsform geschlossen. Aus dem Erfahrungssatz, daß die Aufgaben der Hoheitsverwaltung in der Regel in den Formen des öffentlichen Rechts wahrgenommen werden, wird hier also eine zwingende Schlußfolgerung gemacht: die öffentliche Aufgabe der Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten durch den Staat, d.h. die mit der Kreditgewährung verfolgten öffentlichrechtlichen (!) Ziele und Zwecke hätten zur Folge, daß öffentliches Recht zur Anwendung komme (195).

5233. Der negativen Abgrenzung dient schließlich die Feststellung, daß der Staat bei der Vergabe von Krediten keine fiskalischen und erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten ausübe, die denen eines Privatbankiers vergleichbar wären, weshalb er sich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts bewege (196).

5234. All diese Argumentationen sind jedoch für den Nachweis ungeeignet, daß die Kreditgewährung in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt. Sie lassen allein den Schluß zu, daß die Kreditgewährung ihrem Wesen nach hoheitliche, nicht aber fiskalische Verwaltung ist (197), sagen aber über deren Form nichts aus (198). Das öffentliche Recht ist für

---

(193) BVerwGE 7, 180 (181); OVG Berlin JR 1955, 75.

(194) BVerwGE 1, 309; OVB Münster VerwRspr 5, 874; LVG Hamburg BBauBl 1954, 495.

(195) Forsthoff, Lehrbuch 113 und 181 Anm. 3; Hamann BB 1953, 865; Ipsen VVdStRL 11, 130; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 137; Menger DÖV 1955, 591; Ule § 40 Anm. II und § 42 Anm. IV 1c; Zuleeg a.a.O. 76; BVerwGE 1, 308 (309); OVG Berlin JR 1955, 75; OVG Münster VerwRspr 5, 874; LVG Hamburg BBauBl 1954, 495.

(196) Henze a.a.O. 51; Ipsen VVdStRL 11, 130 und JZ 1952, 759; Zuleeg a.a.O. 76; BVerwGE 1, 308 (310); OVG Münster VerwRspr 5, 874.

(197) s. o. S. 34 ff.

(198) Ipsen, Jellinek-Gedächtnisschrift, 600: "Die umstrittene Hauptfrage, ob die Mengenschleusung der Einfuhr- und Vorratsstelle privat- oder öffent-

diese Staatstätigkeit zwar die typische, nicht aber die einzig mögliche Rechtsgestaltung (199).

Eine befriedigende Begründung für den öffentlichrechtlichen Charakter der Entscheidung über die Vergabe eines staatlichen Kredits kann sich nur aus einer Prüfung des zwischen Staat und Begünstigtem bestehenden Rechtsverhältnis daraufhin ergeben, ob die Voraussetzungen für das Vorliegen öffentlichen Rechts gegeben sind, d.h. ob der Staat unter Einsatz seiner öffentlichen Gewalt auftritt.

Der Gedankengang, der dazu führt, diese Frage zu bejahen, geht davon aus, daß der Staat seine öffentliche Aufgabe der Sozialordnungsgestaltung nicht nur durch obrigkeitliche Eingriffe erfüllt, sondern sich hierbei in weitem Umfange des Mittels der Leistungsgewährung bzw. -verweigerung bedient. Hierher gehört auch die Kreditgewährung. Die tatsächlich übergeordnete Stellung des Staates über seine Kreditnehmer und damit die Macht des Staates über seine Schuldner ergibt sich daraus, daß es sich bei diesen Krediten um Leistungen handelt, auf die letztere angewiesen ist.

Zwar wäre es zu weitgehend, wollte man die Gewährung eines staatlichen Kredits zu vorteilhaften Bedingungen als lebenswichtig im Sinne individuellen Überlebens bezeichnen. Dagegen ergibt sich aus dem dargelegten Kreditzweck, daß sie sozial existenzwichtig sind, da sie typischerweise das Mittel zur Erhaltung, zur Sicherung oder zum Aufbau einer bestimmten Position in der Gesellschaftsordnung bilden. Der Einzelne kann derartige Kredite nur vom Staat erhalten, der hierfür eine faktische Monopolstellung innehat, die er unter Ausnutzung seiner Rechtssetzungsmacht in eine rechtliche verwandeln kann (200). Dieses Monopol unterscheidet sich wesensmäßig von jedem wirtschaftlichen Monopol, da jedes Wirtschaftsunternehmen seine Machtstellung - und sei sie auch noch so groß - nur im Rahmen staatlicher Zulassung oder Ausgrenzung ausüben

---

lichrechtlich stattfindet, ist weder aus der öffentlichen Aufgabenbestimmung der EVSt noch aus ihrer öffentlichrechtlichen Natur präjudiziert".

(199) Ipsen DVBl 1956, 604; Obermayer, JZ 1962, 376; BayVerfGH DÖV 1960, 833.

(200) Ein Beispiel hierfür ist die Festlegung der Bankzinsen in der Nähe des Diskontsatzes. Da die Sollzinsen der privatwirtschaftlichen Kreditinstitute aufgrund des Sollzinsabkommens um 4 1/2 % über diesem liegen, hat der Staat ein rechtliches Monopol der günstigen Kredite.

kann, während das staatliche Monopol originär ist. Es beruht auf der aus der Steuerkraft des Volkes resultierenden überragenden Finanzkraft des Staates. Die Ausübung dieses Monopols stellt sich somit als eine spezifisch staatliche Machtäußerung dar, der gegenüber sich der Einzelne in einer Situation der Abhängigkeit und Unterlegenheit befindet. Das Vorliegen öffentlicher Gewalt muß daher bejaht werden (201). Realisiert der Staat seine Monopolstellung für die Vergabe existenzwichtiger Leistungen durch Kreditgewährungen oder -verweigerungen, so übt er daher offentliche Gewalt aus und handelt in den Formen des öffentlichen Rechts (202).

Dieses Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Kreditnehmer kommt in der praktischen Durchführung der Kreditgewährung deutlich zum Ausdruck. Voraussetzungen und Verfahren der Gewährung regelt allein der Staat, die Mitwirkung des Kreditnehmers besteht lediglich darin, den Antrag zu stellen und die geforderten Angaben zu machen (203). Mit dem Antrag unterwirft sich der Antragsteller der Macht des leistenden Staates und begibt sich in das typische öffentlichrechtliche Unterordnungsverhältnis (204), in dem der Staat dem Leistungsumpfänger als Träger hoheitlicher Rechte und Pflichten gegenübertritt (205).

Ihre Rechtfertigung findet die Auffassung, daß die Gewährung oder Verweigerung eines staatlichen Kredites in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt, in rechts- und sozialstaatlichen Erwägungen. Denn "aus der Angewiesenheit des Einzelnen auf die Hilfe und Förderung des Staates folgt, daß er gegenüber dieser Staatstätigkeit, die u.U. für seine Existenz oder Nichtexistenz entscheidend sein kann, die gleichen Rechte genießen muß wie gegenüber dem Eingriff in Eigentums- und Freiheitsrechte" (206). "Daher wäre es mit dem Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4)

---

(201) Bachof DÖV 1953, 417; VVdStRL 12, 63 und VVdStRL 19, 259 f.; Henze a.a.O. 53 und 55; Ipsen DVBl 1956, 604; Neumann a.a.O. 39; Mallmann VVdStRL 19, 191; Obermayer JZ 1962, 376; Tezner a.a.O. 525; Bitter 140; BVerwGE 13, 307 (309).

(202) Ipsen, Jellinek-Gedächtnisschrift, 607.

(203) Hess VGH ESVGH 6, 231 (233) für den Parallelfall eines verlorenen Zuschusses.

(204) Bellstedt DÖV 1961, 168; Zuleeg a.a.O. 76.

(205) BVerwGE 7, 180 (181).

(206) Henze a.a.O. 56 unter Berufung auf Ipsen, Gutachten 24; im gleichen Sinne Bachof VVdStRL 19, 259 f.

unvereinbar, wenn dieser wichtige Bereich der öffentlichen Verwaltung den Bindungen des öffentlichen Rechts entzogen bliebe" (207), und das Verhalten des Staates nicht an den anerkannten Rechtsgrundsätzen des Verwaltungshandelns, also dem Gleichheitssatz und der richtigen Ermessensausübung sowie den Prinzipien der Gesetzmäßigkeit, der Widerruflichkeit und der Verhältnismäßigkeit des Mittels ausgerichtet wäre (208).

Aus der Sozialstaatserklärung des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1) ergibt sich "der Auftrag an den Staat als Hoheitsträger zur Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und zur Abhilfe sozialer Bedürftigkeit", der "die Erstreckung der Mittel staatlicher Machtäußerung auf die Gewährung oder Verweigerung von Leistungen, die diesem Zweck dienen", erfordert (209).

524. Zusammenfassung

Wenn den Vertretern der Zweistufigkeitslehre in ihren verschiedenen Ausformungen (210) weder die Argumente für eine privatrechtliche noch die für eine öffentlichrechtliche Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und dem Kreditempfänger ausreichend erscheinen, um den staatlichen Kredit ganz ins Privatrecht oder ins öffentliche Recht zu ver-

---

(207) Forsthoff, Lehrbuch 88.

(208) Bachof DÖV 1953, 417; Ipsen VVdStRL 11, 130 und JZ 1952, 761; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 137.

(209) BVerwGE 7, 180 (181) unter Berufung auf Bachof DVBl 1953, 751; Hamann BB 1953, 865.

(210) Vertreten wird die Zweistufigkeitslehre bei staatlichen Krediten von: Bachof DÖV 1953, 423; Bellstedt DÖV 1961, 168; Bullinger DÖV 1960, 748; Dickmann DÖV 1957, 279; Ehrenfort § 102 Anm. 3; Erler, Grundprobleme 192; Fleiner, Institutionen 127; Forsthoff, Lehrbuch 113; Haarmann DVBl 1956, 602; Hamann BB 1953, 865; Henze a. a. O 77; Ipsen VVdStRL 11, 130, JZ 1952, 761, Gleichheit 148 f. und DVBl 1956, 603; Isay a. a. O. 414; Köttgen DVBl 1953, 490; Krüger BB 1953, 567 und Auflage 385; Menger DÖV 1955, 591; Reuter a. a. O. 238 ff.; Scheuner VVdStRL 11, 42; Schüle a. a. O. 97; Siebert a. a. O. 238; Spahn a. a. O. 14; Ule § 40 Anm. II und § 42 Anm. IV 1c; Werner a. a. O. 107.
In der Rechtsprechung haben sich für sie ausgesprochen:
BVerwGE 1, 308 (309 f.), E 7, 180 u. DVBl 1959, 665; BGH BBauBl 1957, 524; OVG Berlin JR 1955, 75; OVG Hamburg BBauBl 1959, 642; OVG Münster BBauBl

weisen, so stützen sie sich in erster Linie auf die Zweiteilung des Verfahrens bei der Kreditvergabe (211). Ihre rechtliche Bedeutung gewinnt diese Zweiteilung aber dadurch, daß es einerseits nicht möglich ist, die Option des Staates für das Privatrecht zu übergehen (212), daß aber andererseits der Staat hoheitlich auftritt und sein Handeln alle Merkmale des öffentlichen Rechts trägt (213). Damit wird eine gemischte Konstruktion unvermeidlich, will man im Interesse des Rechtsstaates die durch das Privatrecht gewährleistete Rechtssicherheit mit dem intensiven Rechtsschutz gegenüber öffentlichrechtlichem Verwaltungshandeln verbinden (214).

53. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER ZWEISTUFIGKEITSLEHRE

Jeder Versuch einer kritischen Auseinandersetzung mit der Zweistufigkeitslehre sieht sich der Schwierigkeit gegenüber, daß es die Zweistufigkeitslehre gar nicht gibt. Zwar ist eine zweistufige Konstruktion des staatlichen Kredits in Deutschland fast durchgängig von Rechtsprechung und Lehre anerkannt, aber über die rechtsdogmatische Ausgestaltung des Ineinandergreifens der beiden Stufen herrscht soviel Streit und Unsicherheit, daß die Frage nicht unberechtigt erscheint, ob diese dogmatischen Mängel nicht Ausdruck eines inneren Widerspruchs in der Grundkonzeption sind.

531. Verwaltungsakt und privatrechtlicher Vertrag (s. o. Nr. 511)

Siebert und, ihm folgend, der Bundesgerichtshof vertreten in der Frage des Zusammenhangs der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Stufe die Auffassung, die Beziehung zwischen Staat und Kreditnehmer

---

1957, 629, u. OVGE 14, 274; LVG Hamburg BBauBl 1954, 496; LVG Koblenz BBauBl 1954, 177.

(211) s. o. S. 43 f.

(212) Henze a.a.O. 76.

(213) Ipsen DVBl 1956, 604.

(214) Flessa DVBl 1957, 81; Krüger, Auflage 385; Ipsen DVBl 1962, 137.

beruhe auf einem grundsätzlich privatrechtlichen Vertrag. Auf der Seite des Staates sei jedoch Bestandteil des Entstehungstatbestandes nicht eine privatrechtliche Willenserklärung, sondern ein hoheitlicher Verwaltungsakt (215). Begründet wird diese Konstruktion mit dem Hinweis auf die Rechtsfigur des privatrechtsgestaltenden, "hier noch besser (des) privatrechtsbegründenden" Verwaltungsaktes (216).

Hierbei wird dem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt ein Anwendungsgebiet zugewiesen, das ihm ursprünglich völlig fern liegt. In aller Regel bezeichnet er Fälle von "Vertragsbeziehungen zwischen Privaten, die von der öffentlichen Verwaltung als der den beiden Parteien übergeordneten Dritten durch Hoheitsakt ins Leben gerufen werden. Hier liegt in der Tat nur der Entstehungsvorgang der Rechtsbeziehung im Bereich des öffentlichen Rechts, während die Rechtsbeziehung, die sich zwischen gleichgeordneten Privaten entwickelt, ihrer Substanz nach ganz dem Bereich des Privatrechts zugehört. Ganz anders wird bei den (Kredit-)verträgen durch Verwaltungsakte eine Rechtsbeziehung zwischen dem Hoheitsträger und einem Privatrechtssubjekt konstituiert und inhaltlich geordnet. Die öffentliche Verwaltung ist nicht nur Erzeuger, sondern auch Partner des Rechtsverhältnisses, ... (sie) ist nicht nur am Entstehungsvorgang des Rechtsverhältnisses, sondern unmittelbar an diesem selbst beteiligt. Die Konstruktion, daß sie hierbei in gespaltener Rechtsnatur auftrete, nämlich als Hoheitsträger, soweit es den Entstehungsvorgang des Rechtsverhältnisses angeht, dagegen als Privatrechtssubjekt, soweit es sich um das Rechtsverhältnis selbst und die aus ihm erwachsenden Ansprüche und Verpflichtungen handelt, wirkt offensichtlich gewaltsam" (217).

Bedenken gegen den privatrechtsbegründenden Verwaltungsakt ergeben sich aber auch aus dem Zivilrecht selbst. Aus dem dort herrschenden Grundsatz der Privatautonomie folgt, daß, abgesehen von sozialtypischem Verhalten alle nicht rechtsgeschäftlichen Entstehungstatbestände eines Schuld-

---

(215) Zuleeg (a.a.O. 62 f.) hat daher nicht völlig Unrecht, wenn er hier nicht von einer zweistufigen, sondern einer einstufig gemischten Konstruktion spricht.

(216) Siebert a.a.O. 224; ihm folgend Obermayer JZ 1962, 378.

(217) E.R. Huber DÖV 1956, 356 (Hervorhebungen dort); ebenso Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 46; Friedrichs a.a.O. 29; Zuleeg a.a.O. 65.

verhältnisses besonderer gesetzlicher Zulassung bedürfen, wie dies für die gesetzlich normierten Tatbestände und die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte der Fall ist (218). "Fehlt ein Gesetz, das dem Verwaltungsakt privatrechtsbegründende Wirkung verleiht, kann er allein kein Schuldverhältnis begründen" (219).

Das Kernproblem der Zweistufigkeit, nämlich das Zusammenwirken der beiden Stufen, läßt sich somit auf dem von Siebert aufgezeigten Weg nicht befriedigend lösen. Dieselbe Feststellung gilt für die Meinung, die den Verwaltungsakt nicht als Tatbestandselement, sondern als causa des schuldrechtlichen Vertrags ansieht. Sie tritt in zwei Varianten auf: rein tatsächlich liegen ihr entweder zwei Erklärungen zugrunde, beide von der Verwaltung oder eine - die öffentlichrechtlich zu qualifizierende - von der Verwaltung, die andere von dem eingeschalteten Kreditinstitut abgegeben, oder es liegt nur eine Erklärung vor, die ein Janusgesicht hat (220).

Die "Konstruktion, wonach die Verfügung die causa für den nachfolgenden Vertrag bildet, scheint deshalb ausgeschlossen, weil der privatrechtliche Darlehensvertrag seine causa in sich selbst hat" (221). Vorhandensein oder Fehlen der öffentlichrechtlichen Stufe ist also auf den Bestand des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes ohne Einfluß und stellt nur eine zweck- und wirkungslose Verdoppelung dar; die Übertragung einer Kausalvorstellung auf das Verhältnis des Verwaltungsaktes zum Erfüllungsgeschäft ist daher nicht zulässig (222).

Ebenso dogmatisch unhaltbar ist die Ansicht, eine Erklärung der Verwaltung könne gleichzeitig privatrechtliche Willenserklärung und öffentlichrechtlicher Verwaltungsakt sein (223). Zwar ist es grundsätzlich

---

(218) Larenz I, § 4.

(219) Flessa DVBl 1957, 82.

(220) BVerwGE 7, 89.

(221) Imboden a.a.O. 161; vergl. Larenz II, § 62, I "Verpflichtungsgeschäfte tragen ihren Rechtsgrund in sich selbst".

(222) Imboden a.a.O. 162; Flessa DVBl 1957, 84.

(223) Flessa DÖV 1959, 106; Zuleeg a.a.O. 70 f. RGZ 162, 364 (365 f.); BGHZ 2, 37 (43) u. 6, 304 (314); Obermayer JZ 1962, 377; Zuleeg NJW 1962, 2232.

"möglich und in der Praxis gar nicht selten, daß ein und derselbe Sachverhalt Rechtssätzen beider Teile unterfällt oder daß aus ihm Rechtsfolgen sowohl des öffentlichen wie des privaten Rechts hergeleitet werden" (224). In der Tat handelt es sich im vorliegenden Fall darum, daß ein Sachverhalt - die Erklärung der Verwaltung - sowohl den Tatbestand des Verwaltungsaktes als auch den der Willenserklärung erfüllen und damit Rechtswirkungen auf beiden Rechtsgebieten haben soll. Da jedoch die Erklärung eine Rechtswirkung auf dem Gebiet des öffentlichen oder des privaten Rechts nur dann zur Folge hat, wenn sie den Willen beinhaltet, auf dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet wirksam zu werden, müßte sie den Willen beinhalten, Wirkungen sowohl auf dem Gebiet des öffentlichen als auch auf dem des privaten Rechts zu haben. Das ist jedoch offensichtlich nicht möglich. Die Verwaltung kann nicht in einem Rechtsverhältnis gleichzeitig als Träger öffentlicher Gewalt auftreten und nicht auftreten, das Rechtsverhältnis kann nicht gleichzeitig anders als die Rechtsverhältnisse Privater und nicht anders ausgestaltet sein (225). Der Wille, hoheitlich zu handeln, schließt den Willen, nicht hoheitlich zu handeln, aus und umgekehrt.

532. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Rechtsbeziehung (s.o. Nr. 512)

Was die verschiedenen Theorien über das Verhältnis der durch den Verwaltungsakt geschaffenen öffentlichrechtlichen und der durch den Vertragsschluß begründeten privatrechtlichen Beziehung betrifft, so wird die Annahme, mit dem Vertragsschluß erlösche die öffentlichrechtliche Beziehung, "der Eigenart der Beziehung nicht gerecht" (226). Sie übersieht, daß selbst wenn man die Hauptverpflichtung als privatrechtlich vertraglich ansieht, dennoch gewisse, zweifelsfrei öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen Staat und Begünstigtem bestehen bleiben (227). Zudem bleibt das Hauptproblem, das zur Konzipierung der Zweistufigkeitslehre geführt

---

(224) Bachof AöR 83,230 f.

(225) Jacobi a.a.O. 382; Zuleeg a.a.O. 70 f.

(226) Ipsen DVBl 1956,609.

(227) Hierzu gehört insbesondere die Auskunftspflicht nach der AuskunftspflichtVO vom 13.7.1923 (RGBl I S. 699 und 723): Zuleeg a.a.O. 81.

hat, nämlich die Bindung der Verwaltung an die Grundrechte, hier ungelöst.

Diese Nachteile sind bei derjenigen Lehre beseitigt, die davon ausgeht, daß die öffentlich- und die privatrechtliche Beziehung "in wechselseitiger Verschränkung" (Ipsen) nebeneinander herlaufen, und auch der Grundsatz der öffentlichrechtlichen Wirkungen des Verwaltungsaktes ist hier gewahrt (228). Abgesehen von den noch aufzuzeigenden praktischen Unzulänglichkeiten dieser Konstruktion läßt sich jedoch allein mit dem Begriff der wechselseitigen Verschränkung das Verhältnis der beiden Rechtsbeziehungen zueinander nicht klären. Die systematische Trennung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht macht jedoch eine abstrakt-generelle Festlegung der Einwirkungen des öffentlichen Rechtsverhältnisses auf das privatrechtliche unmöglich.

Der Versuch, dieser konstruktiven Schwierigkeiten durch eine Verschmelzung der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Elemente zu einem Verwaltungsprivatrecht Herr zu werden, ist mit Recht auf allgemeine Ablehnung gestoßen. Wenn der Staat sich zur Erfüllung seiner Aufgaben legitimerweise des Privatrechts bedient, so sind auf die so zustandegekommenen Rechtsbeziehung unmittelbar nur privatrechtliche Normen anwendbar. Öffentlichrechtlichen Elementen, insbesondere also den Grundrechten, kann hier (wie im Privatrechtsverkehr der Privaten untereinander und wie im wirklich fiskalischen Tätigkeitsbereich) nur mittelbar über die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts Eingang verschafft werden. Das ergibt sich aus dem Sonderrechtscharakter des Privatrechts, das auf der grundgesetzlich gewährten Freiheit der gleichgeordneten Rechtsgenossen beruht, sich zugunsten der Individualautonomie und der Eigenverantwortlichkeit über die öffentlichrechtlichen Bindungen hinwegsetzen zu dürfen (229). Wenn der Staat also zulässigerweise von dieser Freiheit Gebrauch macht, dann ist er wie ein Privatmann zu behandeln. Die Prüfung muß daher bei der Frage ansetzen, ob er von dieser Freiheit Gebrauch machen darf, ob er dem Bürger bei der Begründung und Durchführung von Kreditbeziehungen auf der Ebene der Gleichordnung gegenübertritt. Die These vom Verwaltungsprivatrecht erweist sich so als der Versuch, mit Rücksicht auf

(228) Zuleeg a.a.O. 68.

(229) Dürig, Nawiasky-Festschrift 176 und 188; Maunz-Dürig Art.1 Abs.3 Anm.130 und 138.

festverwurzelte Vorstellungen und hergebrachte Rechtswege das Problem zu umgehen, ob der Staat in einem konkreten Fall in Ausübung staatlicher Gewalt oder in bescheidener Gleichordnung mit dem Bürger auftritt.

Mangel an innerer Konsequenz muß sich schließlich die Auffassung vorwerfen lassen, die ganze, durch Verwaltungsakt begründete und in privaten Rechtsformen abgewickelte Beziehung müsse trotz ihres den Rechtsweg bestimmenden privatrechtlichen Gewandes materiell nach öffentlichem Recht behandelt werden (230). Wenn die Beziehung materiell eine öffentlichrechtliche ist, so bedeutet die Tatsache, daß für bestimmte Fragen auf Vorschriften des Privatrechts Bezug genommen oder verwiesen wird, daß letztere in die bezugnehmende oder verweisende Rechtsordnung aufgenommen werden und deren Geltungsgrund gewinnen, also formell zu öffentlichrechtlichen Normen werden (231). Das führt dazu, daß für Streitigkeiten über sie nicht der ordentliche Rechtsweg, sondern der Verwaltungsrechtsweg offen steht (232).

533. Die vorgetragenen Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß keine der verschiedenen Ausformungen der Zweistufigkeitslehre in der Lage ist, das Kernproblem der Theorie, das Ineinanderwirken von offentlichem und privatem Recht, in dogmatisch befriedigender Weise zu losen. Der Grund hierfür kann nicht in der Unzulänglichkeit der bisher verwendeten Untersuchungsmethoden gesehen werden, sondern er liegt in der Zweistufigkeitskonstruktion selbst, gegen deren Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der deutschen, auf der Zweiteilung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht beruhenden Rechtsordnung schwerwiegende Bedenken bestehen.

Aus dieser Zweiteilung ergibt sich der Grundsatz, daß ein Rechtsverhältnis einheitlich nur entweder der anderen Rechtsordnung zugehören kann, daß also kein innerer juristischer Grund seine Zerreißung rechtfertigen

---

(230) Henze a.a.O. 82.

(231) Meier-Branecke a.a.O. 237.

(232) Die Frage der Weitergeltung der Zivilprozeßsachen kraft Tradition kann dabei dahingestellt bleiben, sicher ist jedenfalls, daß unter Berufung auf dieses umstrittene Rechtsinstitut keine neuen Zuständigkeiten für die Zivilgerichte geschaffen werden können.

kann (233). Unmittelbar folgt die Einheit eines Rechtsverhältnisses aus der Tatsache, daß die Eigenart jedes Rechtsverhältnisses durch seinen Entstehungsgrund festgelegt wird (234), der seinerseits keine Doppelnatur haben kann (235).

Der Lebenssachverhalt der Gewährung eines Kredits durch den Staat - unter Umständen unter Zwischenschaltung eines Kreditinstitutes - stellt gleichzeitig ein Rechtsverhältnis dar, da er eine rechtlich geregelte soziale Beziehung zwischen den zwei oder drei an der Kreditierung beteiligten Personen bildet (236).

Wenn daher die Feststellung richtig ist, daß die staatliche Kreditgewährung auf einem Akt öffentlicher Gewalt beruht, also im öffentlichen Recht wurzelt - und das tragen die Verfechter der Zweistufigkeitslehre selbst vor -, so spricht alles gegen die Annahme, daß der Staat im Verlauf dieser Rechtsbeziehung sein Gesicht ändert und gleichsam von dem Sockel seiner öffentlichen Gewalt herabsteigt, um sich mit dem Bürger auf der Ebene der privatrechtlichen Gleichordnung zu treffen. Keine Gründe können dann den Versuch des Auseinanderreißens eines vom Gesetzgeber einheitlich gedachten Vorganges rechtfertigen (237).

---

(233) Clasen DÖV 1959, 281; Fleiner, Umbildung 14; Jellinek a. a. O. 50; Jentsch DVBl 1956, 300; Kroeber a. a. O. 11; O. Mayer a. a. O. I, 118; Spanner DVBl 1958, 724 f.; Zuleeg NJW 1962, 2232.

(234) Friedrichs a. a. O. 29, insbesondere Anm. 2; Zuleeg a. a. O. 73; zu den Bedenken Molitors (a. a. O. 52 ff.) gegen diesen Grundsatz vergl. Zuleeg a. a. O. 74.

(235) Zuleeg NJW 1962, 2232.

(236) Begriff nach Lehmann § 10 II 1 und Wolff, VerwR I § 32 V; zustimmend zur Qualifizierung des Kreditverhaltnisses als Rechtsverhältnis Henze a. a. O. 43; Ipsen DVBl 1956, 603; Scheuner DÖV 1957, 353; Zuleeg a. a. O. 73 und NJW 1962, 2232.

(237) Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 4 b; Spanner DVBl 1958, 724; mit Recht weist Fleiner (Umbildung 14 f.) darauf hin, daß es sich bei diesen Bemühungen im Grunde um ein Relikt der Fiskustheorie handelt, die aus Rechtsschutzerwägungen die vermögensrechtliche Seite eines Rechtsverhältnisses für das Zivilrecht in Anspruch nimmt.

534. Zurückweisung der verfahrensrechtlichen Argumente

Diese dogmatischen Hindernisse lassen sich auch nicht mit dem Hinweis überwinden, die Gültigkeit der Zweistufigkeitslehre folge mit zwingender Notwendigkeit aus der tatsächlichen Gestaltung des staatlichen Kredites und sie sei daher die einzig mögliche juristische Konstruktion (238). Die drei von den Vertretern der Zweistufigkeitslehre vorgetragenen Argumente - Verfahrenszäsur, Wahl des Staates und verbesserter Rechtsschutz - genügen für sich allein nicht, um die Notwendigkeit der Zweiteilung des Rechtsverhältnisses darzutun.

Zwar ist es richtig, daß die staatlichen Kredite zunächst bewilligt und dann ausgezahlt werden und daß diese beiden Tätigkeiten nicht nur von verschiedenen "stationes fisci", sondern u.U. sogar von verschiedenen Rechtsträgern (Staat und Kreditinstitut) ausgeübt werden. Hierin jedoch mehr als ein Ergebnis praktischer, organisatorischer Überlegungen, nämlich ein Ergebnis rechtlicher Notwendigkeiten (239) zu sehen, ist solange nicht zulässig, als nicht nachgewiesen ist, daß es sich um zwei verschiedene Rechtsverhältnisse handelt. Selbst wenn ein Kreditinstitut in den Kreditierungsvorgang eingeschaltet ist, läßt sich die Frage nach der Rechtsnatur der Tätigkeit des Kreditinstituts - die letztlich die Frage nach dem Umfange des Rechtsverhältnisses "staatliche Kreditgewährung" ist - nicht durch die Tatsache präjudizieren, daß eine Einrichtung tätig wird, die sich üblicherweise des Privatrechts bedient.

Daß der Beweis für die privatrechtliche Natur der zweiten Stufe auch nicht durch den Hinweis auf die Option des Staates im Rahmen eines ihm angeblich zustehenden Wahlrechts geführt werden kann, wurde schon zu zeigen versucht, denn die Frage ist nicht, ob gewählt wird, sondern ob ein Wahlrecht besteht. Erst wenn sie beantwortet ist, kann untersucht werden, ob ein etwaiges Wahlrecht ausgeübt wird. Ob es besteht, läßt sich nur durch eine Untersuchung des Rechtsverhältnisses beantworten.

§ 102 Abs. 2 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes vermag hier keine Klarheit zu schaffen. Dort wird zwar festgestellt, daß für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz ergeben können, insbesondere aus Verträgen, Bürgschaften und Gewährleistungen, der ordentliche Rechts

---

(238) Wie Ipsen, DVBl 1956, 609 und Henze a.a.O. 82 erklären.
(239) Stöcker a.a.O. 256 f.

weg eröffnet ist. Wenn und soweit also bürgerlich-rechtliche Beziehungen vorliegen, sind die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen. Auf die hier allein interessierende Frage, ob privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Beziehungen vorliegen, gibt die Vorschrift aber keine Antwort, da sie keine materiellrechtliche Bestimmung, sondern nur eine Rechtswegnorm ist. Nicht aus ihr kann die Frage beantwortet werden, sondern sie muß anhand des Inhalts der Beziehung entschieden werden (240).

Bleibt als drittes Argument die Verbesserung des Rechtsschutzes durch eine zweistufige Konstruktion. Da heute davon ausgegangen werden kann, daß der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des Bürgers gegenüber dem Staat mindestens ebenso wirksam, wenn nicht wirksamer ist als der Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte (241), ist diese These nur dann stichhaltig, wenn man vom grundsätzlich privatrechtlichen Charakter der Kreditbeziehung ausgeht. Dann stellt in der Tat die zusätzliche Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges durch die Hinzufügung eines öffentlichrechtlichen Elements eine Verbesserung des Rechtsschutzes dar. Steht dagegen fest, daß die Gewährung eines staatlichen Kredites essentiell hoheitliche Verwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts ist, so führt die Aufpfropfung einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung auf die öffentlich-rechtliche und damit die zusätzliche Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges sicher zu einer Komplizierung, möglicherweise zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes für den Bürger. Die Untersuchung der Frage nach der Rechtsnatur der Kreditbeziehung läßt sich also durch den Hinweis auf die Ausgestaltung des Verfahrens nicht umgehen.

535. Praktische Gründe sprechen gegen die Zweistufigkeitslehre

Unabhängig von der rechtssystematischen Durchführung im einzelnen könnten jedoch überwiegende praktische Vorteile für eine Anwendung der Zweistufigkeitslehre auf den staatlichen Kredit sprechen und es angezeigt sein lassen, die dogmatischen Bedenken zurückzustellen. Das Gegenteil hiervon ist der Fall. Aus der Aufspaltung des Kreditierungsvorganges in zwei getrennte Rechtsverhältnisse und aus der daraus resultierenden Verdoppelung der Rechtsbeziehungen ergeben sich in der

---

(240) Zuleeg a.a.O. 120 f.; a.A. Bachof, Speyer 201.
(241) Bachof VVdStRL 12, 65; Henze 83.

Praxis fast unlösbare Probleme (242). Sie beruhen einmal auf dem Umstand, daß die Unsicherheit in der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Rechtsverhältnis die Zuweisung bestimmter Vorgänge ins öffentliche Recht oder ins Privatrecht erschwert. Dies bedeutet für den Rechtsschutz suchenden Bürger einen Faktor der Rechtsunsicherheit, da er nie mit Sicherheit voraussagen kann, ob das von ihm angegangene Gericht den Rechtsweg zu sich für gegeben ansehen wird (243). Praktische Schwierigkeiten können aber auch dann entstehen, wenn rechtsgestaltende Erklärungen der Partner des Kreditverhältnisses oder eines Gerichtes entweder aufgrund der Willensrichtung oder der Kompetenzbeschränkung des Erklärenden Rechtswirkungen nur auf eines der beiden nebeneinander herlaufenden Rechtsverhältnisse haben. In diesem Fall besteht die Gefahr einer Auseinanderentwicklung der beiden Rechtsbeziehungen und damit die Möglichkeit höchst merkwürdiger Ergebnisse (244).

Am klarsten manifestieren sich beide Schwierigkeiten im Falle der Beendigung eines Kreditverhältnisses durch einseitige Erklärung der Verwaltung. Da Rechtsprechung und Lehre sich auf der Grundlage der Zweistufigkeitslehre eingehend mit dieser Frage befaßt haben, sollen im folgenden anhand ihrer die praktischen Widersprüchlichkeiten dieser Theorie aufgezeigt werden.

Theoretisch hat die Verwaltung hier drei Möglichkeiten des Vorgehens: sie kann die Kreditbewilligung aufheben, sie kann den Kreditvertrag kündigen und sie kann beides gleichzeitig tun.

Für die Frage, welchen der drei Wege die Verwaltung eingeschlagen hat, kommt es nach der einmütigen Auffassung von Rechtsprechung und Rechtslehre allein darauf an, in welcher Rechtsgestalt die Entscheidung der Ver-

---

(242) Wenn Werner gerade aus praktischen Gründen der Zweistufigkeitslehre zustimmt (a.a.O. 107), so zeigen seine Ausführungen, daß er die Tatsache der Einschaltung der Kreditinstitute als praktisch befürwortet, für die gewählte rechtliche Qualifikation aber keine Gründe sieht.

(243) Ebenso Baur JZ 1963, 44; Schaumann JuS 1961, 111; auch Ipsen (DVBl 1962, 137) hält ein öffentlichrechtliches Begreifen des Kreditverhältnisses daher für ein im Interesse der Einheitlichkeit des Rechtsschutzes sicher erstrebenswertes Ziel.

(244) Flessa, DVBl 1957, 84 hat hierauf besonders aufmerksam gemacht.

waltung, die das Kreditverhältnis beenden soll, auftritt, m.a.W. ob von Rücknahme, Widerruf oder Kündigung die Rede ist (245). Dies bedeutet, daß aus der Formaldeklaration der Verwaltung die entscheidenden Folgerungen für die Rechtsnatur gezogen werden, eine Auffassung, die sich als unhaltbar erwiesen hat (246).

Wählt die Verwaltung ausdrücklich den ersten Weg, so herrscht Einigkeit darüber, daß ein Verwaltungsakt vorliege, der vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden könne (247). Was allerdings bei wirksamen Widerruf mit dem aufgrund des Verwaltungsaktes geschlossenen Vertrag geschieht, hängt nicht nur davon ab, ob man den Verwaltungsakt als Bestandteil oder als Rechtsgrund des Vertrages ansieht, sondern auch innerhalb der zuletztgenannten Auffassung herrscht Streit darüber, ob der Vertrag dann noch gekündigt werden müsse (248), oder ob er ohne weiteres kondizierbar sei (249).

Schwieriger ist es, wenn die Verwaltung die Kündigung des Vertrages erklärt hat, was insbesondere dann in Frage kommt, wenn die Entscheidung der Verwaltung dem Bürger von dem den Kredit verwaltenden Kreditinstitut eröffnet wird. Dann liege nach dem zu respektierenden Willen der Verwaltung eine privatrechtliche Willenserklärung vor. Der einen Auffassung zufolge steht dem Bürger hiergegen nur der ordentliche Rechtsweg offen (250). Ipsen hält in diesem Fall neben der Klage vor dem ordentlichen Gericht eine Klage auf Feststellung des Fortbestehens des öffentlichrechtlichen Kreditverhältnisses vor dem Verwaltungsgericht für zulässig (251), eine Klagart, die von Hamann sogar aus Gründen des Rechts-

---

(245) Henze a.a.O. 89; Ipsen DVBl 1956, 611; OVG Münster OVGE 14, 274 (275).

(246) Nicht die gewählte Bezeichnung, sondern der objektiv erklärte Wille entscheidet darüber, ob es sich um eine privatrechtliche Willenserklärung oder um einen Verwaltungsakt handelt: BGHZ 2, 37 (43).

(247) Henze a.a.O. 89; Ipsen DVBl 1956, 611; OVG Münster OVGE 14, 274 (275) BVerwGE 10, 64.

(248) so Henze a.a.O. 69; Werner a.a.O. 109.

(249) so Ipsen, DVBl 1956, 609 (es liegt keine widerrufliche, sondern eine widerrufene, also nichtige Bewilligung vor !).

(250) Henze a.a.O. 89; Ule § 40 Anm. II; OVG Münster OVGE 14, 274 (275).

(251) Ipsen DVBl 1956, 611.

schutzinteresses für allein zulässig gehalten wird (252). Eine differenzierte Lösung wird schließlich von Flessa vertreten. Seiner Ansicht nach ist der Streit über die Kündigung "eindeutig privatrechtlich, wenn nur diskutiert wird, ob die im Darlehensvertrag vereinbarte Kündigungsmöglichkeit beachtet wurde. Wird jedoch gerügt, daß die im Vertrag vereinbarte Kündigungsmöglichkeit im Widerspruch zu den im Bewilligungsbescheid vorgeschriebenen Bedingungen steht, so wird damit behauptet, daß durch den Darlehensvertrag die durch den Bewilligungsbescheid begründete öffentlichrechtliche Verpflichtung zu privatrechtlichem Kontrahieren nicht ordentlich erfüllt wurde" (253); in diesem Falle wäre eine Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht gegeben.

Offen gelassen wird von allen Autoren die Frage, was nach der Kündigung des privatrechtlichen Vertrages aus der öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehung wird. Da ein Grund für ihre Beendigung nicht vorliegt, muß sie wohl weiterbestehen, und da aus ihr nach der herrschenden Meinung ein Anspruch auf Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages entstanden ist (254), kann der Kreditempfänger jetzt erneut (vor dem ordentlichen Gericht (255)) auf Abschluß des zivilrechtlichen Vertrages klagen (256). Dies hätte zur Folge, daß jede Kündigung wegen des Grundsatzes "Dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est" unzulässig wäre!

Löst die Verwaltung schließlich gleichzeitig das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis durch Widerruf oder Rücknahme des Verwaltungsaktes und den Vertrag durch Kündigung, so sollen nach Ipsens Meinung Feststellungsklage vor dem Zivilgericht und Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht gleichzeitig möglich sein (257), während Hamann der Ansicht ist,

---

(252) Hamann BB 1953, 866: er hält dies allerdings selbst für eine Verlegenheitslösung, da eine im Grunde hier angebrachte Anfechtungsklage nach geltendem Verwaltungsgerichtsverfahrensrecht nicht zulässig sei (?); gegen die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage wendet sich Henze (a.a.O. 89), da nach seiner Ansicht eine öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis nicht im Streit befindlich ist.

(253) Flessa DVBl 1960, 138.

(254) Dickmann DÖV 1957, 279; Henze a.a.O. 87.

(255) Henze a.a.O. 89; Ipsen, DVBl 1956, 611.

(256) Flessa DVBl 1957, 84.

(257) Ipsen, DVBl 1956, 611.

dann sei nur der Verwaltungsakt von Bedeutung und anfechtbar (258), und Flessa mit Recht darauf hinweist, daß dann für eine der beiden Klagen sicher das Rechtsschutzbedürfnis fehle (259).
Als Ergebnis der Zweistufigkeitslehre in einer der für den Kreditnehmer wesentlichsten praktischen Fragen läßt sich also genau das Gegenteil des von ihren Schöpfern angestrebten Zieles, nämlich eine Erschwerung des Rechtsschutzes und eine unnötige Rechtsunsicherheit feststellen.

---

(258) Hamann BB 1953, 866.
(259) Flessa DVBl 1957, 83; a.A. BVerwGE 13, 307 (320).

Sechstes Kapitel

Der staatliche Kredit als privatrechtliches Darlehen

Einige Autoren, die die Untauglichkeit der Zweistufigkeitslehre zu einer sowohl dogmatisch als auch praktisch befriedigenden Erfassung des Faktums staatlicher Kredite erkannt haben, versuchen das Problem dadurch zu lösen, daß sie die von den Vertretern der Zweistufigkeit vorgetragenen Gründe für ein privatrechtliches Element in der Beziehung Staat- Kreditnehmer konsequent zuende denken und so zu einer ganz privatrechtlichen Konstruktion gelangen (260).

Zu den schon vorgetragenen Argumenten für den privatrechtlichen Charakter des staatlichen Kredites - Wahlrecht des Staates, Gleichheit der Interessenlage, Sachgerechtheit der privatrechtlichen Formen, rechtsstaatliche Erwägungen, Ungeeignetheit des öffentlichen Rechts - tritt die Erwägung, daß von einem irgendwie gearteten öffentlichrechtlichen Element in dieser Beziehung schon deshalb nicht die Rede sein könne, weil die wirtschaftliche Überlegenheit des Staates und die daraus resultierende Bindung des Kreditnehmers kein Über- und Unterordnungsverhältnis im Rechtssinne begründen könne (261).

Obgleich diese Auffassung zumindest den Vorzug der Einheitlichkeit für sich hat, wäre nur das letzte der vorgetragenen Argumente - das jedoch schon bei der Untersuchung des Begriffes der öffentlichen Gewalt zurückgewiesen werden konnte - geeignet, den staatlichen Kredit ins Privatrecht zu ziehen. Alle übrigen sind entweder unzutreffend oder sie geben nur Indizien, keine Beweise.

Zunächst fehlt der Behauptung jede Grundlage, das öffentliche Recht sei als System zur Lösung der bei der Kreditgewährung auftauchenden Fragen ungeeignet. Mit den Rechtsfiguren des öffentlichrechtlichen Vertrages und des mitwirkungsbedürftigen, bedingten oder mit Auflagen versehenen Verwaltungsaktes verfügt die Verwaltung über Gestaltungsmittel, die es ihr erlauben, jede soziale Situation, an der sie unter Einsatz öffentlicher Gewalt beteiligt ist, rechtskon-

(260) Ehrig NJW 1959,218 (rechtspolitisch); Flessa NJW 1954,539, DVBl 1957, 81, NJW 1959,403 und DVBl 1960,137 (dort allerdings etwas in Richtung auf die Zweistufigkeit abgeschwächt); Haas 307; Huber WVerwR II, 200, 249 und 253; Kegel JZ 1951,394; Römer BB 1950,99.

(261) Flessa NJW 1954,539; Siebert a.a.O. 238.

struktiv befriedigend in den Griff zu bekommen (262)

Daß etwaige dingliche Sicherungen nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches bestellt werden, liegt nicht daran, daß die zugrundeliegende Rechtsbeziehung im Privatrecht wurzelt, sondern ist eine Folge der Einheitlichkeit des Zuordnungsrechtes (263).

Im Gegensatz zur Auffassung der Verfechter der privatrechtlichen Theorie zeigt die moderne Staatswirklichkeit, daß sich die sozialen Probleme, die zu finanziellen Eingriffen des Staates in der Form von Krediten führen, mit den Mitteln des Privatrechts, d.h. auf der Ebene der Gleichordnung und ohne direkte Anwendbarkeit der Grundrechte, nicht lösen lassen (264). Daher gehen auch die Argumente am Kern der Sache vorbei, die aufgrund der gleichgearteten Interessenlage die staatliche Kreditgewährung als privatrechtliche Beziehung auffassen. Die dem Staat eigene öffentliche Gewalt und die mit der Kreditgewährung verfolgte Sozialordnungsaufgabe zeigen, daß er - wiewohl er es möchte - nicht als Privatbankier auftritt (265), seine Entscheidung über die Gewährung oder Versagung eines Kredites also von Erwägungen getragen sein muß, die einem Privatmann fremd sind.

Selbst wenn in den Vorschriften, die sich mit der Vergabe von staatlichen Krediten beschäftigen, Begriffe auftauchen, die aus dem Privatrecht entnommen sind, so können darin allenfalls Indizien, jedoch keine Beweise für den privatrechtlichen Charakter des Rechtsverhältnisses gesehen werden. Entscheidende Folgerungen lassen sich aus dieser sprachlichen Verweisung ins Zivilrecht nicht ziehen (266). Durch eine bloße Formaldeklaration kann der Gesetzgeber ein substanziell öffentliches Rechtsverhältnis nicht in ein privatrechtliches verwandeln (267), vielmehr gilt auch hier der Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" (268).

---

(262) Eyermann - Fröhler § 40 Anm. 46.

(263) Friedrichs a.a.O. 29 Anm. 2; dieses Ergebnis ist durch den Streit um das öffentliche Eigentum herausgearbeitet worden, vergl. Forsthoff, Lehrbuch 329 ff.

(264) Neumann a.a.O. 39; BVerwGE 7, 180 (181); OVG Berlin JR 1955, 75.

(265) Ipsen VVdStRL 11, 130 und JZ 1952, 761.

(266) Ipsen, Jellinek-Gedächtnisschrift, 601, und Dönhoff, Schiedsspruch, haben dies für die Ausgleichsleistungen betont; vergl. auch BayVerfGH BayVerwBl 1956, 274 (275).

(267) E.R. Huber DÖV 1956, 356.

(268) Obermayer NJW 1958, 1107; vergl. zum Problem der falsa demonstratio das Schrifttum zum gesetzlichen Vorkaufsrecht, Alberty a.a.O. 34; Ebert NJW 1956, 1622 ff.; Schultz-Sponholz a.a.O. 45 f.

Siebentes Kapitel

Der staatliche Kredit als öffentliches Rechtsverhältnis

Die Feststellung, daß der staatliche Kredit, wenn er sich weder als privatrechtliches noch als aus Privatrecht und öffentlichem Recht gemischtes Rechtsverhältnis qualifizieren läßt, öffentlichrechtlicher Natur sein muß, ist zwar logisch zwingend, aber unbefriedigend. Unter möglichster Vermeidung von Wiederholungen sollen deshalb die Überlegungen materieller Art noch einmal zusammengefaßt werden, die zu demselben Ergebnis führen.

Auszugehen ist hierbei von der Tatsache, daß der staatliche Kredit ein geschlossenes Ganzes bildet, das sich als Rechtsverhältnis darstellt (269). Dieses Verhältnis beruht auf einer in Ausübung öffentlicher Gewalt ergehenden, einseitigen Entscheidung des Staates, also auf einem öffentlichrechtlichen Akt (270). Da die Rechsnatur eines Rechtsverhältnisses durch die des Begründungsaktes bestimmt wird (271), haben wir es beim staatlichen Kredit mit einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis zu tun (272).

Trotz der Ähnlichkeit der Begriffe hat dieses Rechtsverhältnis allerdings nichts mit einem besonderen Gewaltverhältnis gemein (273), da der Kreditnehmer zwar in eine gewisse, sich aus der Natur der Sache ergebende, zusätzliche Abhängigkeit vom Staat gerät; aber es kann keine Rede davon sein, daß er dadurch "als innerhalb der Verwaltung als organisiertem Hoheitsbereich befindlich vorzustellen" (274) sei, er tritt nicht in den Bereich der öffentlichen Anstalt "Kre-

---

(269) Ipsen DVBl 1956, 603; Henze a.a.O. 43; Scheuner DÖV 1957, 383; Zuleeg a.a.O. 73; Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 45.

(270) So die ganze herrschende Lehre und Rechtsprechung; Einzelnachweis vergl. S. 50 Anm. 210.

(271) Friedrichs a.a.O. 29 Anm. 2; Zuleeg a.a.O. 73.

(272) Ebenso Apelt a.a.O. 264; Imboden a.a.O. 159 ff.; Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 46; Rupp DVBl 1958, 114; Tezner a.a.O. 525 f.; Zuleeg a.a.O. 87; Maunz BayVerwBl 1962, 1 (3).

(273) Ipsen DVBl 1956, 606 Anm. 108; Scheuner DÖV 1957, 383, Werner a.a.O. 101; a.A. Krüger VVdStRL 15, 110; Köttgen DVBl 1953, 490; OVG Rheinland-Pfalz JZ 1955, 16 (17).

(274) Forsthoff, Lehrbuch 116.

ditverwaltung" ein, sondern bleibt, trotz der finanziellen Bindung, als Person außerhalb des Bannkreises der Verwaltung (275).

Wäre der staatliche Kredit ein Rechtsverhältnis, in dem sich nur der Staat und der Bürger gegenüber stehen, so könnte, an diesem Punkt angekommen, die Kernfrage nach dem Rechtscharakter dieser Beziehung als geklärt betrachtet werden. Eine solche Ausgestaltung des staatlichen Kredites bildet jedoch in der Praxis die Ausnahme. Im Regelfall ist an dem Kreditverhältnis noch ein - meist privatrechtlich organisiertes - Kreditinstitut in irgendeiner Weise beteiligt. Nicht einer Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger, sondern drei Beziehungen sieht man sich daher gegenüber: Staat-Bürger, Staat-Kreditinstitut und Kreditinstitut-Bürger.

Die Frage, die sich daher stellt und der im folgenden nachgegangen werden muß, ist daher, ob das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis "staatlicher Kredit" alle diese drei Rechtsbeziehungen umfaßt oder ob einzelne dieser Rechtsbeziehungen oder Teile davon nicht "wesentlicher Bestandteil" des staatlichen Kredites sind und damit nicht aufgrund der bisherigen Überlegungen ins öffentliche Recht verwiesen werden können. Um Klarheit über diese Frage zu erlangen, ist es erforderlich, jede der drei Rechtsbeziehungen im einzelnen zu untersuchen.

71. RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN STAAT UND BÜRGER

Das die Kreditgewährung bezweckende rechtliche Band zwischen dem Staat und dem Bürger wird geknüpft durch die auf Antrag des Bürgers ergehende Entscheidung des Staates, den Kredit zu geben.

Entgegen der herrschenden Meinung hat diese Entscheidung nicht nur das "Ob" der Kreditgewährung zum Inhalt, sondern sie legt sämtliche Modalitäten fest, äußert sich also auch zum "Wie" (276). Dies geschieht entweder durch Aufnahme der Kreditkonditionen in den Bewilligungsbescheid oder durch Verweis auf die "geltenden Bestimmungen" oder gar den "Darlehensvertrag", den das eingeschaltete Kreditinstitut dem Kreditnehmer vorlegt. Jedenfalls wird keine der das Kre-

(275) Forsthoff, Lehrbuch 118; Ipsen DVBl 1956, 606.

(276) Maunz, BayVerwBl 1962, 1(3); Werner a.a.O. 106; Zuleeg NJW 1962, 2232.

ditverhältnis betreffenden Fragen allein zwischen dem Kreditinstitut und dem Kreditnehmer geregelt.

Schließlich ist es der Staat, der dem Bürger gegenüber gewisse einseitige Erklärungen abgibt, durch die das Kreditverhältnis in seinem Wesen verändert wird: vorzeitige Rückforderung ("Kündigung"), Änderung der festgelegten Tilgungsart ("Stundung"), Verzicht auf das Rückforderungsrecht ("Niederschlagung"), um nur die wichtigsten zu nennen. Im Regelfall werden diese Entscheidungen dem Kreditnehmer nicht von der Verwaltung, sondern von dem eingeschalteten Kreditinstitut eröffnet, ja bei Entscheidungen von geringerer Bedeutung (Stundung bis zu drei Monaten) delegiert die Verwaltung ihre Befugnisse oft an das verwaltende Kreditinstitut.

Die Beziehung zwischen Staat und Bürger umfaßt daher die Begründung, die inhaltliche Ausformung und die Gestaltung des Rechtsverhältnisses, m.a.W. mit Ausnahme der rein technischen Abwicklung spielt sich alles zwischen diesen beiden Parteien ab.

Von den klassischen Freiheiten des Privatrechtsverkehrs, der Freiheit der Partnerwahl, der Abschlußfreiheit und der Gestaltungsfreiheit bleibt beim staatlichen Kredit nichts übrig. Für den Bürger tritt an die Stelle der Freiheit der Partnerwahl die Tatsache, daß für die von ihm gewünschte Kreditart nur ein Partner zur Verfügung steht, der Staat. Die Wahlmöglichkeit, in die Rechtsbeziehung einzutreten oder nicht, wird dadurch illusorisch, daß die vom Staat angebotene Leistung für den Bürger von existenzieller Bedeutung ist, da ohne sie seine soziale Stellung nicht haltbar oder zumindest nicht verbesserbar ist. Die Gestaltungsfreiheit wird schließlich durch die "Unterwerfung unter die Vollzugsform" (277) ersetzt, da die inhaltliche Ausgestaltung vom Staat unter Berufung auf die bestehenden allgemeinen Regeln einseitig vorgenommen wird.

Diese Abhängigkeit des Bürgers vom Leistungsstaat kann nicht der Abhängigkeit eines Einzelnen von wirtschaftlicher Machtkonzentration in den Händen Privater gleichgesetzt werden, von der die staatliche Machtposition sich wesentlich unterscheidet: sie beruht nicht auf wirtschaftlicher Tätigkeit, sondern auf der Steuerkraft des Volkes, und sie ist nicht von staatlicher Duldung abhängig, sondern nur dem Volk verantwortlich.

---

(277) Bellstedt DÖV 1961, 168.

Die vorgetragenen Gründe zeigen, daß die Beziehung zwischen dem Staat und seinem Kreditnehmer kein "rechtsgeschäftlich beeinflußbares Verhältnis" (278) bildet, dessen Wesensmerkmal das Verhandeln ist. Man sieht sich vielmehr einer Rechtsbeziehung gegenüber, die durch die Unterwerfung des Bürgers unter die tatsächliche, soziale Macht des Staates gekennzeichnet ist. Die staatliche Kreditgewährung ist nicht Geldanlage zu Erwerbszwecken, sondern "öffentliche Veranstaltung des Staates gegenüber dem Subjicierten . . . , nicht Darlehensgewährung, sondern öffentliche Hilfe mit staatlichen Mitteln" (279). Sie ist daher eine "durch objektives Verhaltensrecht geordnete Beziehung" (280), die auf der Ausübung öffentlicher Gewalt beruht und daher vom öffentlichen Recht regiert wird (281).

Begründet wird diese Rechtsbeziehung nicht durch rechtsgeschäftliche Übereinkunft der Parteien, sondern durch einen einseitigen, hoheitlichen Akt der Verwaltung, woran auch der notwendige Antrag des Kreditbewerbers nichts zu ändern vermag. Nicht die Willensübereinstimmung zwischen Antrag und Bewilligung, sondern der unmittelbare rechtliche Wirkung zeitigende Ausspruch der Verwaltung ist Geltungsgrund des Rechtsverhältnisses.

Geht man von dieser offentlichrechtlichen Betrachtungsweise aus, so läßt sich kein Grund für die These anführen, der Staat verändere nach Schaffung der Rechtsbeziehung seine Stellung, er verzichte auf die ihm eigene öffentliche Gewalt (wie sollte dies möglich sein, wenn öffentliche Gewalt nicht der im Einzelfall ausgeübte "polizeiliche" Druck, sondern die Gesamtheit der sozialen Übergewichtigkeit ist ?) und steige gleichsam von seinem Sockel herab, um alle weiteren, die Rechtsbeziehung gestaltend beeinflussenden Handlungen ("Stundung" und "Kündigung" etwa) in privatrechtlichem Gewand vorzunehmen, wie dies die Zweistufigkeits-

---

(278) Imboden a.a.O. 61 (279) Tezner a.a.O. 525.

(280) Imboden a.a.O. 61.

(281) Zu demselben Ergebnis kommt Rupp (DVBl 1958, 144 f.), wobei er von der Wolffschen Subjekts- oder Zuordnungstheorie ausgeht; in gröberer Form wird diese schon von Tezner vertreten, wenn er sagt, die Kreditgewährung als öffentliche Veranstaltung des Staates "muß nach (dessen) eigenem Recht behandelt werden" (a.a.O. S. 525).

lehre vertritt. Auch hier handelt es sich vielmehr immer um einseitige Akte des Staates, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergehen, da sie als actus connexi oder contrarii eine durch einen Verwaltungsakt geschaffene öffentlichrechtliche Situation unmittelbar beeinflussen (282).

Die vertiefte Untersuchung der dem Kreditverhältnis zugrundeliegenden Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und dem Kreditnehmer führt somit zu dem Ergebnis, daß diese Beziehung in ihrer Gesamtheit dem öffentlichen Recht angehört. Der öffentlichrechtliche Charakter der Grundbeziehung des Rechtsverhältnisses "staatlicher Kredit" bestätigt so die Feststellung, daß das Kreditverhältnis, dessen bestimmendes Element sie ist, den Regeln des öffentlichen Rechts folgt.

72. RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN STAAT UND KREDITINSTITUT

Ein vom Staat bewilligter Kredit wird im Regelfall dem Kreditnehmer nicht unmittelbar von der Verwaltung ausgezahlt, sondern ein - normalerweise vom Schuldner ausgewähltes (283) - Kreditinstitut (284) übernimmt für den Staat die technische Abwicklung des Kredites.

Diese Einschaltung des Kreditinstitutes geschieht in der Weise, daß das ausgewählte Institut, da es zu einer Mitwirkung nicht gesetzlich verpflichtet ist, entweder sich der Verwaltung gegenüber für eine bestimmte Art von Krediten generell zur Abwicklung bereit erklärt hat (285), oder im konkreten Einzelfall eine "Bereitwilligkeitserklärung" abgibt, die wiederum entweder ihre Rechte und Pflichten detailliert aufführt oder auf "Bestimmungen über die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen" verweist, die ihrerseits in Zusammenarbeit von Verwaltung und Spitzenorgani-

---

(282) BVerwGE 13,47 (52).

(283) Wählt der Kreditnehmer nicht, so geht das Wahlrecht auf die Verwaltung über: Einschaltungsbestimmungen.

(284) Ausnahmsweise auch einmal eine andere Einrichtung wie das Deutsche Studentenwerk: vergl. Bewilligungsbedingungen Abschnitt E.

(285) So das Deutsche Studentenwerk.

sationen des Kreditgewerbes ausgearbeitet worden sind (286). Aufgrund dieser Erklärung zahlt der Staat den bewilligten Kredit an das Kreditinstitut aus, das seinerseits den Betrag dem Kreditnehmer nach den Vorschriften des Bewilligungsbescheides und seinen Bedürfnissen auszahlt. Während der Laufzeit des Kredits hat das Kreditinstitut die Aufgabe, die Sicherheiten und die Geschäftsführung des Schuldners zu überwachen und etwaige Verschlechterungen der Verwaltung anzuzeigen, die Zinsen und Tilgungen einzuziehen und an die Staatskasse abzuführen, kurz, "den Kredit bankmäßig zu führen" (287). Schließlich ist es Aufgabe des Kreditinstitutes, dem Kreditnehmer Entscheidungen der Verwaltung zu eröffnen, durch die das Kreditverhältnis gestaltend beeinflußt wird, Kündigung, Stundung, Niederschlagung, und hieraus die bankmäßigen Folgerungen zu ziehen.

Das Interesse des Staates an der Unterstützung durch die Kreditinstitute bei der Erfüllung seiner sozialstaatlichen Aufgaben ist offensichtlich: der Staatsapparat wird von der technischen Abwicklung der Kredite befreit, einer Arbeit, an die er nicht angepaßt ist. Gleichzeitig werden die staatlichen Interessen dem Kreditnehmer gegenüber von einem Kreditinstitut wahrgenommen, das in dieser Art von Tätigkeit über eine größere Erfahrung verfügt und damit gewährleistet, daß die bankmäßige Führung der Kredite reibungslos vor sich geht. Schließlich verliert der Staat durch die Einschaltung in keiner Weise die Gewalt über das Kreditverhältnis, da er allein Entscheidungen treffen kann, die das Kreditverhältnis einseitig gestaltend beeinflussen. Aber auch für das Kreditinstitut ist die Mitarbeit von Vorteil: neben der selbstverständlich anfallenden Provision ist an die Ausweitung des Kreditvolumens und die Gewinnung neuer Kundenkreise zu denken.

Für die rechtliche Einordnung der Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und dem eingeschalteten Kreditinstitut scheinen folgende Punkte von Bedeutung zu sein:

- Die Mitarbeit des Kreditinstitutes beruht nicht auf gesetzlichem Zwang, sondern auf seiner oder seines Verbandes freier Entschließung;
- die das Verhältnis regierenden Vorschriften beruhen nicht auf objekti-

---

(286) § 8 Abs. 2 AGew-Weisung.
(287) Spahn a.a.O. 9.

vem Recht, sondern sie sind entweder zwischen dem Staat und dem Kreditinstitut oder zumindest zwischen dem Staat und dem Interessenverband der Kreditinstitute ausgehandelt worden;
- die Rechtsbeziehung hat zum Gegenstand die Kreditgewährung des Staates, die dem öffentlichen Recht zugehört. Sie steht mit dieser Grundbeziehung in engem Zusammenhang, da sie nur deren Realisierung dient, und
- der Staat überträgt auf das Kreditinstitut keine im eigentlichen Sinne hoheitlichen Befugnisse, jede das öffentlichrechtliche Grundverhältnis Staat - Kreditnehmer gestaltende Entscheidung bleibt vielmehr dem Staat vorbehalten; das Kreditinstitut ist nur technisches Ausführungsorgan.

Aus den dargestellten Eigenschaften der Beziehung zwischen dem Staat und dem Kreditinstitut ergibt sich, daß es sich hierbei um einen öffentlichrechtlichen Vertrag handelt, der zwischen den Parteien abgeschlossen wird. Dies Ergebnis folgt mit Notwendigkeit aus der Tatsache, daß es sich um eine nicht durch objektives Verhaltensrecht, sondern durch Rechtsgeschäft geregelte Beziehung handelt, deren Gegenstand dem öffentlichen Recht angehört. Wenn Zuleeg demgegenüber der Auffassung ist, die Einschaltung erfolge im allgemeinen aufgrund von Verwaltungsanordnungen ohne gesetzliche Grundlage, so beweist dies nichts gegen die vorgetragene These (288). Um dem Kreditinstitut die Verpflichtung zur Mitarbeit bei der Abwicklung der staatlichen Kredite aufzuerlegen, reicht in einem Rechtsstaat eine Verwaltungsanordnung nicht aus. Die Bereitwilligkeitserklärung des Kreditinstitutes kann aber nicht als Unterwerfung unter eine Verwaltungsanordnung verstanden werden, da das Kreditinstitut einen maßgeblichen Einfluß auf die Gestaltung der Beziehung zum Staat behält.

Auch die Beweisführung Spahns für eine rein privatrechtliche Betrachtung der Beziehung Kreditinstitut - Staat vermag nicht zu überzeugen (289). Sie geht von Argumenten aus, die für die Frage der rechtlichen Einordnung nicht relevant sind. Sicher ist es richtig, daß zwischen dem Staat und dem Kreditinstitut kein Subordinationsverhältnis vorliegt; ein solches ist aber auch nicht Voraussetzung eines öffentlichrechtlichen Vertrages.

---

(288) Zuleeg a.a.O. 131.
(289) Spahn a.a.O. 42, 47, 50, 60 und 68.

Ebenso ist irrelevant, daß der Wille des Staates und des Kreditinstitutes auf privatrechtliche Regelung geht und daß das Privatrecht zur Ordnung des Verhältnisses ausreichend und vorteilhaft ist. Entscheidend ist vielmehr, daß der Gegenstand des Verhältnisses dem öffentlichen Recht angehört (290) und der Wille der Parteien zulässigerweise auf eine rechtsgeschäftliche Einigung geht. Ist dies der Fall, dann liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor.

Wer, wie Flassa (291), die öffentlichrechtliche Natur des Kreditverhältnisses leugnet, muß selbstverständlich ebenfalls zu einem privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Staat und dem Kreditinstitut kommen. Daß hier der Ausgangspunkt unrichtig ist, wurde schon zu zeigen versucht.

73. RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN KREDITINSTITUT UND BÜRGER

Im Anschluß an die Bewilligung eines staatlichen Kredites durch die zuständige Verwaltung wendet sich der Bürger an das eingeschaltete Kreditinstitut, um sich von diesem den Kredit auszahlen zu lassen. Ehe das Kreditinstitut jedoch hierzu bereit ist, schließt es mit dem Bürger einen sog. Darlehensvertrag ab oder läßt ihn eine "Schuldurkunde" unterzeichnen. Die Klauseln dieses Dokuments zerfallen in zwei Gruppen: zunächst werden die Kreditkonditionen, so wie sie im Bewilligungsbescheid festgelegt worden sind, wiederholt, insbesondere also Kreditbetrag, Laufzeit, Zinssatz, Tilgungsmodus, Sicherheiten. Insoweit unterscheidet sich der "Darlehensvertrag" in nichts vom Bewilligungsbescheid. Der zweite Teil des Vertrages erklärt auf das Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Bürger die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ersteren für anwendbar; das bedeutet, daß das Kreditinstitut sich verpflichtet:

---

(290) Wenn Eyermann - Fröhler (§ 40 Anm. 46) hiergegen einwenden, der öffentliche Zweck werde nicht in Richtung zur Bank, sondern in Richtung zum Subventionierten verfolgt, so kann dem entgegengehalten werden, daß es zum Wesen des öffentlichen Zweckes gehört, daß er nicht nur in Richtung auf den jeweiligen Partner, sondern in Richtung auf die Allgemeinheit verfolgt wird.

(291) Flessa DVBl 1957, 118 f.

- den bei ihm stehengelassenen Kreditbetrag als Einlage zu verzinsen;
- Überweisungen des Kreditnehmers auszuführen;
- Schecks zu honorieren, falls das Grundverhältnis deren Ausstellung zuläßt, was bei Wiederaufbaukrediten im Regelfall nicht der Fall ist;
- dem Kreditnehmer Kontoauszüge zur Verfügung zu stellen;
- alles in allem also dem Kreditnehmer gegenüber die bankübliche Sorgfalt zu wahren.

Der Kreditnehmer andererseits verpflichtet sich zu einer Reihe von Handlungen, die geeignet sind, der Bank die Führung des Kontos, das für sie insoweit einer beliebigen sonstigen Einlage gleichsteht, zu erleichtern.

Der Sinn dieser Zweiteilung des Dokuments ist offensichtlich und folgt aus der Doppelstellung des Kreditinstitutes. Auf der einen Seite hat es sich dem Staat gegenüber durch öffentlichrechtlichen Vertrag zu einer Hilfstätigkeit bei der Durchführung von dessen öffentlicher Aufgabe bereiterklärt und ist dadurch dessen Hilfsorgan geworden, das zur Wahrung der Interessen seines Auftraggebers verpflichtet ist. Daher die Wiederholung des Bewilligungsbescheides. Auf der anderen Seite ist das Kreditinstitut aber berufen, ebenso die Interessen des Kreditnehmers wahrzunehmen, da dieser es ausgewählt hat, damit es als seine Bank seine Mittel verwaltet; woher ihm diese Mittel zugeflossen sind, ist insoweit völlig unerheblich.

Diese Doppelstellung des eingeschalteten Kreditinstitutes findet ihren Niederschlag in der Ausgestaltung seiner Rechtsbeziehung zum Kreditnehmer. Dabei ist von der oben getroffenen Feststellung auszugehen, daß einmal der Staat dem Kreditinstitut im Rahmen des Kreditverhältnisses keinerlei hoheitliche Macht überträgt, dieses vielmehr nur Ausführungsfunktionen übernimmt; daß zum anderen die öffentlichrechtliche Grundbeziehung zwischen dem Staat und dem Kreditnehmer, die durch die Bewilligung des staatlichen Kredites zustande kommt, allein auf der hoheitlichen Entscheidung des Staates beruht und im Verhältnis zwischen Staat und Bürger den Inhalt des Rechtsverhältnisses umfassend regelt. Damit erweist es sich als unmoglich, die Beziehung zwischen dem Kreditinstitut und dem Kreditnehmer ins öffentliche Recht zu verweisen, da weder öffentliche Gewalt ausgeübt noch ein öffentlichrechtlicher Gegenstand geregelt werden kann. Soweit der "Darlehensvertrag" oder die "Schuldurkunde" die Modalitäten des Bewilligungsbescheides - einschließlich der in

diesem enthaltenen Verweisungen - wieder aufnimmt, kann in ihm aber auch kein privatrechtlicher Vertrag gesehen werden, da durch ihn weder Rechte und Pflichten geschaffen noch bestärkt werden. Die Rechte und Pflichten existieren unabhängig von der "Schuldurkunde", da sie sich aus dem Bewilligungsbescheid ergeben. Sie zu verstärken scheitert daran, daß es sich um öffentlichrechtliche Rechte und Pflichten handelt, die durch Privatrechtsgeschäfte nicht beeinflußbar sind. "Die strikten Regelungen des öffentlichen Rechts sind dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterworfen und damit jeder privatrechtlichen Verfügungsmacht entzogen" (292). Insoweit enthält der "Darlehensvertrag" daher reine Wiederholungen ohne eigene rechtliche Bedeutung: "Unerheblich ist auch die bei offentlichen Wohnungsbaudarlehen zu unterzeichnende Klausel der "Schuldurkunde", daß er (sc. der Kreditnehmer) sich . . . den Bedingungen und Auflagen des Bewilligungsbescheides unterwerfe, "die zum Inhalt dieses Schuldverhältnisses gemacht werden" . . . Die allgemeine Unterwerfungserklärung des Darlehensschuldners kann nicht dazu führen, einen seiner Natur nach hoheitlichen Akt der Bewilligungsbehörde in ein Privatrechtsgeschäft zu verwandeln" (293).

Von diesem rechtlich unerheblichen Teil des "Darlehensvertrages" sind die Klauseln scharf zu trennen, die der Art und Weise der Interessenwahrung des Kreditnehmers durch das Kreditinstitut dienen, die also - im Regelfall durch eine Bezugnahme auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Institutes - die Punkte regeln, die unabhängig von der Herkunft der Mittel die Verwaltung der Einlage des Kreditnehmers durch die Bank bestimmen. Mit dem offentlichen Kredit hat diese Rechte, Pflichten und Obliegenheiten enthaltende Rechtsbeziehung infolgedessen zwar einen tatsächlichen, aber keinen notwendigen Zusammenhang, allein wegen ihres Bezuges zu der offentlichrechtlichen Grundbeziehung kann sie daher nicht als öffentlichrechtlich betrachtet werden. Es liegt vielmehr ein privatrechtlicher Vertrag vor, wie er als Bankvertrag in zahllosen Fällen zwischen Banken und ihren Kunden abgeschlossen wird (294). Gegenstand dieses Vertrages ist die Interessenwahrung des Bürgers durch Verwaltung seiner Geldeinlage, also eine in keiner Weise öffentlichrecht-

---

(292) Obermayer JZ 1962, 378.
(293) BVerwGE 13,47 (53); ebenso Zuleeg a.a.O. 132.
(294) Larenz II, § 52 V.

liche Materie.

Als unerheblich muß dabei angesehen werden, einmal daß ein Teil der Verpflichtungen, die das Kreditinstitut dem Kreditnehmer gegenüber eingeht, insbesondere die Zinszahlung für stehenbleibende Kreditbeträge, im Innenverhältnis zwischen dem Staat und dem Kreditinstitut diesem zur Pflicht gemacht worden sind, zum anderen daß theoretisch die Möglichkeit besteht, daß das Kreditinstitut dem Bürger Rechte einräumt - insbesondere das Recht zur Ausstellung von Schecks -, die im Innenverhältnis Staat - Kreditinstitut ausdrücklich ausgeschlossen wurden. In beiden Fällen bleibt die Rechtsstellung des Bürgers gegenüber seiner Bank von diesem Innenverhältnis völlig unberührt, unter der Voraussetzung selbstverständlich, daß der ihm gegenüber ergangene Bewilligungsbescheid diese Rechte oder Beschränkungen nicht enthält.

Die Betrachtung der sich aus der staatlichen Kreditgewährung unter Einschaltung eines Kreditinstitutes ergebenden Rechtsbeziehung zwischen dem Kreditinstitut und dem Bürger ergibt damit das eigenartige Bild, daß, was die eigentliche Kreditgewährung betrifft, das Kreditinstitut dem Bürger nicht als selbständiger Funktionsträger entgegentritt, ihm gegenüber vielmehr nur zur Wahrung seiner Interessen vertraglich verpflichtet ist (295).

74. DIE STELLUNG DES EINGESCHALTETEN KREDITINSTITUTES

Bei der Untersuchung der Rechtsbeziehungen zwischen dem eingeschalteten Kreditinstitut und dem Staat einerseits, dem Kreditnehmer andererseits sind eine Reihe von Besonderheiten sichtbar geworden, die es erfor-

---

(295) Unberücksichtigt konnte hier bleiben, daß die sachenrechtliche Einigung zur Bestellung der dinglichen Sicherheiten im Regelfall zwischen Kreditinstitut und Kreditnehmer zustandekommt. Da es ein öffentliches Sachenrecht, das Sicherheitsleistungen ermöglicht, nicht gibt, liegen hier privatrechtliche Rechtsgeschäfte vor, die von dem Kreditinstitut im eigenen Namen, aber auf fremde (staatliche) Rechnung abgeschlossen werden.

derlich erscheinen lassen, auf die Frage der Stellung des Kreditinstitutes in der Verwaltungsstruktur noch einmal vertieft einzugehen.

Spahn (296) hat es unternommen, das Verhältnis des Kreditinstitutes zum Staat als ein besonderes Gewaltverhältnis zu beschreiben, das nach seiner Ansicht immer dann vorliegt, wenn ein Privater sich zur Mitwirkung an Verwaltungsaufgaben verpflichtet und diese Verpflichtung öffentlichrechtlichen Charakter trägt.

Demgegenüber vertreten Hamann (297) und Zuleeg (298) die Auffassung, das eingeschaltete Kreditinstitut müsse als beliehener Unternehmer verstanden werden, da es sich um ein Rechtssubjekt des Privatrechts handele, dem im Zusammenhang mit seiner unternehmerischen Wirtschaftstätigkeit bestimmte Aufgaben und Befugnisse schlichtverwaltender Art der öffentlichen Verwaltung im Wege der Delegation zugewiesen seien.

Stöcker (299) schließlich kommt zu dem Ergebnis, das Kreditinstitut sei als Geschäftsführer zu bezeichnen, da es im Innenverhältnis zum Staat weitgehende Befugnisse habe, aber nach außen, dem Kreditnehmer gegenüber, nicht auftreten könne.

Um festzustellen, inwieweit diese Begriffe und ihre Definitionen dem Wesen der Einschaltung entsprechen, ist es notwendig, noch einmal deren Grundzüge herauszuarbeiten. Dabei ist davon auszugehen, daß hier eine Person des Privatrechts sich freiwillig bereiterklärt, bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch den Staat mitzuwirken und einzelne Ausführungshandlungen zu übernehmen (300). Der Umfang dieser Mitwirkung ergibt sich aus dem zwischen der Verwaltung und dem Kreditin-

---

(296) Spahn (a.a.O. 18) unter Berufung auf Forsthoff, Lehrbuch 117; Thieme DÖV 1956, 521 und O. Mayer I, 100.

(297) Hamann BB 1953, 866.

(298) Zuleeg a.a.O. 129f., unter Berufung auf E.R. Huber WVerwR I, 533.

(299) Stöcker a.a.O. 108; seine Feststellungen, die für die Einschaltung der Kreditinstitute bei der Gewährung staatlicher Bürgschaften gemacht sind, gelten mutatis mutandis auch für die in die staatliche Kreditgewährung eingeschalteten Kreditinstitute.

(300) BVerwGE 13, 307 (310).

stitut abgeschlossenen öffentlichrechtlichen Vertrag. Hiernach übt das Kreditinstitut bei der staatlichen Kreditgewährung eine Reihe von Funktionen aus, die sämtliche als reine Hilfs- oder Vorbereitungsaufgaben qualifiziert werden müssen (301). Dies bedeutet insbesondere, daß dem Kreditinstitut keine Befugnisse hoheitlicher Natur übertragen werden (302), daß vielmehr die Grundbeziehung des Kreditverhältnisses nur vom Staat beeinflußt werden kann, das Kreditinstitut also keine selbständigen Entscheidungen mit Wirkung für oder gegen den Staat treffen kann (303). Auch insoweit staatliche Entscheidungen dem Kreditnehmer nicht direkt zugehen, sondern ihm von dem eingeschalteten Kreditinstitut eröffnet werden, bleibt das Kreditinstitut in der reinen Hilfsstellung eines Boten (304). Die Funktion des Kreditinstitutes im Rahmen der staatlichen Kreditgewährung läßt sich daher als "die einer technischen Ergänzung des Verwaltungsapparates" (305) kennzeichnen.

Während das Kreditinstitut so dem Kreditnehmer gegenüber keinerlei Entscheidungsfreiheit genießt, trägt seine Tätigkeit im Innenverhältnis zur Verwaltung Merkmale der Selbständigkeit (306). Das zeigt sich insbesondere daran, daß das Kreditinstitut nicht der hierarchischen Aufsicht der Verwaltung untersteht, sondern daß die Kontrollbefugnisse des Staates (insbesondere durch den Rechnungshof) nur soweit reichen, als dies vertraglich vereinbart ist.

Bei dieser Betrachtung der Aufgaben des eingeschalteten Kreditinstitutes erscheint es fraglich, ob die Begriffe besonderes Gewaltverhältnis, Geschäftsführer und beliehener Unternehmer die Eigenart dieser Stellung erfassen.

Die Annahme, das eingeschaltete Kreditinstitut befinde sich in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staat, erweist sich als unrichtig, da das

---

(301) Stöcker a.a.O. 459. (302) Spahn a.a.O. 19.

(303) Stöcker a.a.O. 459; BVerwGE 13, 307 (310).

(304) Zuleeg a.a.O. 132:"Wenn die Bank hierbei in eigenem Namen auftritt, so dürfte dies unschädlich sein, sofern nur die Entscheidung über Kündigung oder Stundung von der Subventionsverwaltung gefällt worden ist."

(305) Spahn a.a.O. 25. (306) Spahn a.a.O. 17.

Kreditinstitut zwar vertraglich zu bestimmtem Handeln, Dulden und Unterlassen verpflichtet ist, darüber hinaus aber seine Selbständigkeit behält. Dem Verhältnis zwischen Staat und Kreditinstitut fehlt der persönliche Zusammenhang, der die Eigenart des besonderen Gewaltverhältnisses ausmacht (307). Das Kreditinstitut ist nicht "in den organisierten Hoheitsbereich der Verwaltung" einbezogen (308), sondern, soweit es einer staatlichen Kontrolle unterliegt, ergibt sich diese nicht aus einem gesteigerten Abhangigkeitsverhaltnis, sondern aus vertraglicher Vereinbarung.

Da das beliehene Unternehmen einem besonderen Gewaltverhältnis gegenüber dem Staat unterworfen ist (309), steht schon damit fest, daß auch dieser Begriff die Stellung des Kreditinstitutes nicht richtig wiedergeben kann. Gegen seine Verwendung spricht weiterhin die Tatsache, daß das Kreditinstitut bei seiner Hilfstätigkeit keine Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt erwirbt, also eine "Beleihung" mit staatlicher Autorität nicht stattfindet. Ein Unternehmer ist nur dann "beliehen", wenn ihm Hoheitsrechte übertragen worden sind (310), d.h. wenn ihm entweder das Recht zu einseitiger, hoheitlicher Gestaltung delegiert worden ist oder wenn es doch wenigstens dem Burger als ein Teil der tatsächlichen staatlichen Autorität entgegentreten kann. Eine Übertragung von Verwaltungskompetenzen und Hoheitsbefugnissen auf einen beliehenen Unternehmer kann aber nach deutscher Rechtsauffassung nur durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage erfolgen (311). Beides trifft fur das eingeschaltete Kreditinstitut nicht zu. Es hat dem Kreditnehmer gegenüber weder hoheit-

---

(307) Krüger VVdStRL 15, 116.

(308) Forsthoff, Lehrbuch 116.

(309) Wolff VerwR I, 140.

(310) Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 107; Wolff VerwR I, 233 und II, 304 f.; gegen E.R. Huber (WVerwR I, 533, insb. 539) und den VGH Stuttgart (BBauBl 1959, 19), die auch die Übertragung von Befugnissen nichthoheitlicher Art für die Annahme eines beliehenen Unternehmers genügen lassen, Stern VerwA 49, 142 Anm. 170; wenn Wolff (VerwR II, 306) von schlichthoheitlichen Zustandigkeiten spricht, so zeigt der Zusammenhang, daß er darunter hoheitliche Zuständigkeit versteht.

(311) Henze a.a.O. 91 f.; E.R. Huber WVerwR II, 537; a.A. Wolff VerwR II, 306, der auch öffentlichrechtliche Verträge zulassen will.

liche Befugnisse noch verkörpert es für ihn die staatliche Autorität, und soweit seine Aufgaben reichen, sind ihm diese nicht durch Gesetz, sondern durch öffentlichrechtlichen Vertrag zugewiesen worden (312). Für den Kreditnehmer ist das Kreditinstiut primär die seine Interessen wahrende Bank.

Gegen die Kennzeichnung des Kreditinstitutes als Geschäftsführer sprechen weniger prinzipielle Gründe, da dieser Begriff im öffentlichen Recht keine feste Ausformung besitzt, an der er gemessen werden könnte, als vielmehr die durch ihn hervorgerufene Assoziation zu dem privatrechtlichen Geschäftsführer, mit dem das Kreditinstitut nichts gemeinsam hat, da es im Gegensatz zu diesem an der internen Willensbildung des Staates bei der Erfüllung seiner "Geschäfte" keinen Einfluß hat.

Im Bewußtsein der Unzulänglichkeit und unter Hinweis auf die privatrechtliche Belastung des Begriffes soll daher die Stellung des Kreditinstitutes als die eines Erfüllungsgehilfen gekennzeichnet werden. Das eingeschaltete Kreditinstitut wirkt bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der staatlichen Kreditgewährung als eine "technische Ergänzung des Verwaltungsapparates" (Spahn) mit, wobei ihm in sachlicher Hinsicht jedoch jede selbständige Entscheidungsbefugnis fehlt. Bildlich gesprochen ist das Kreditinstitut nichts als der verlängerte Arm des Staates, der nur auf staatliche Anordnung tätig werden kann. Seine Tätigkeit beschränkt sich, soweit es als Interessenwahrer des Staates handelt, auf reine Hilfsfunktionen, durch die die Grundbeziehung des Staates zum Kreditnehmer nicht berührt wird.

75. ZUSAMMENFASSUNG

Eine rechtssystematische Untersuchung der Struktur der Beziehung des Staates zu dem Empfänger eines von ihm vergebenen Kredites hat zu dem Schluß geführt, daß die hierbei auftretenden Fragen nur dann befriedigend gelöst werden können, wenn man sich darüber klar wird, daß es sich hier um ein Rechtsverhältnis handelt, das entscheidend von der faktischen, soziologischen Überordnung des Staates über den von ihm abhängigen Kre-

(312) Henze a.a.O. 61 und 91 f.; Spahn a.a.O. 19; Zuleeg a.a.O. 131.

ditnehmer geprägt wird und das daher als öffentlichrechtlich qualifiziert werden muß. Bei der Erfüllung der in der Kreditgewährung zu sehenden offentlichen Aufgabe bedient sich der Staat im Regelfall als eines Gehilfen eines Kreditinstitutes, das sich durch öffentlichrechtlichen Vertrag zu dieser Mitwirkung bereiterklärt hat. Dem Kreditnehmer gegenüber hat das Kreditinstitut, soweit es als Erfüllungsgehilfe des Staates auftritt, keine selbständige Stellung, allerdings schließt es mit ihm im Zuge der ihm obliegenden Wahrung seiner Interessen einen privatrechtlichen Bankvertrag.

Es läßt sich daher feststellen, daß die staatliche Kreditgewährung nicht nur materiell eine offentliche Verwaltungsaufgabe bildet, sondern dann zu ihrer Erfüllung auch die Rechtsform verwandt wird, die ihr historisch entspricht, nämlich das öffentliche Recht. Unabhängig von allen im folgenden aufzuzeigenden praktischen Konsequenzen eines rein öffentlichrechtlichen Verständnisses des staatlichen Kredites ist diese Übereinstimmung zwischen Rechtsform und zu lösender sozialer Situation allein geeignet, das öffentliche Recht von der bloßen Form zum Funktionsträger werden zu lassen.

Achtes Kapitel

Der Bewilligungsbescheid

Die Entscheidung, mit der die Verwaltung dem Antrag des Bürgers auf Gewährung eines staatlichen Kredites stattgibt, stellt die für das gesamte Kreditverhältnis entscheidende Handlung dar, sie verdient daher eine ins Einzelne gehende Betrachtung.

Es wurde schon hervorgehoben, daß die staatliche Kreditbewilligung immer vom Antrag eines Kreditbewerbers abhängig ist. Die Reaktion auf diesen Antrag kann negativ sein, die zuständige Stelle kann den Antrag ablehnen. Gibt sie ihm dagegen statt, so hat ihre Entscheidung einen doppelten Inhalt: zunächst gewährt sie dem Bürger die beantragte Wohltat, sie stellt ihm die gewünschten Mittel zur Verfügung. Außerdem legt die Entscheidung dem Bürger eine Reihe von Belastungen auf, die ihn zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen anhalten. Nicht nur ist der Kreditnehmer zur Rückzahlung des erhaltenen Kapitals und - regelmäßig - zu dessen Verzinsung verpflichtet, darüber hinaus wird "die auf der Gewährung von Leistungen beruhende Macht der Verwaltung . . . von dieser nutzbar gemacht zur Durchsetzung bestimmter, mit der Leistung oft in keinem oder nur sehr losem Zusammenhang stehender Zwecke" (313). Als Beispiel für weitere Nebenpflichten seien hier genannt die Pflicht zur Sicherheitsleistung (314), zur Verwendung des Geldes in einem bestimmten Sinne (315), zur Auskunftserteilung und zur Duldung von Kontrollmaßnahmen sowie Beschränkungen in der Verwendung des mit Hilfe des Kredites Erworbenen (316).

81. RECHTLICHE CHARAKTERISIERUNG

Rechtlich läßt sich der Bewilligungsbescheid in vierfacher Weise charakterisieren:

---

(313) Bachof VVdStRL 12, 57.

(314) BVerwGE 6, 117.

(315) Wohnungsbau, Studium etc.

(316) Mietfestsetzungen und beschränkte Mieterwahl bei Wohnungsbaukrediten etwa.

- wie oben schon dargelegt wurde, handelt es sich um eine einseitige Erklärung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes, die von einer staatlichen Stelle abgegeben wird und daher mit der völlig herrschenden Meinung als Verwaltungsakt qualifiziert werden muß;
- durch das Erfordernis des Antrages wird der Bewilligungsbescheid als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt gekennzeichnet (317);
- Inhalt des Verwaltungsaktes ist in erster Linie eine Wohltat für den Bürger, die Zurverfügungstellung eines Kapitals, es handelt sich daher um einen begünstigenden Verwaltungsakt (318);
- diese Begünstigung ist jedoch mit einer Vielzahl von Belastungen verbunden, die dem Kreditnehmer zusammen mit der Begünstigung auferlegt werden, dem Hauptinhalt des Verwaltungsaktes sind also Nebenbestimmungen beigegeben (319).

82. DAS SUBJEKTIVE ÖFFENTLICHE RECHT AUF DEN KREDIT

Durch den Bewilligungsbescheid erlangt der Antragsteller ein subjektives öffentliches Recht auf die beantragte Leistung (320), diese allgemeine Regel des Verwaltungsrechtes gilt auch für die Bewilligung eines staatlichen Kredites. Die Kreditbewilligung bedeutet daher nicht, wie die Vertreter der Zweistufigkeitslehre annehmen, ein subjektives öffentliches Recht auf

---

(317) Henze a.a.O. 65; Maunz, BayVerwBl 1962, 1 (3).

(318) Wolff VerwR I, 229.

(319) Vom Standpunkt der Zweistufigkeitslehre aus ist die Meinung Henzes (a.a.O. 87 f.) unhaltbar, ein Teil der Nebenbestimmungen sei nicht im Verwaltungsakt enthalten, sondern werde nachträglich (in der zweiten Stufe) hinzugefügt. Henze erklärt selbst, durch den Verwaltungsakt erlange der Kreditnehmer ein subjektives öffentliches Recht auf den Kredit. Jeder Einschränkung dieses Rechtes durch nachträgliche Bindungen könnte sich der Kreditnehmer erfolgreich widersetzen. Ebenso Werner a.a.O. 108.

(320) Forsthoff, Lehrbuch 244.

Abschluß eines privatrechtlichen Darlehensvertrages (321) oder ein subjektives privates Gestaltungsrecht auf Annahme des Vertragsangebotes (322), sondern mit ihr erwächst dem Kreditbewerber das subjektive öffentliche Recht auf Auszahlung des Kreditbetrages.

Verpflichtungen erwachsen dem Kreditnehmer aus dem Bewilligungsbescheid dagegen nicht, er muß weder die Kreditsumme annehmen noch die ihm auferlegten Belastungen erfüllen. Dies auf den ersten Blick eigenartige Ergebnis folgt aus der Sozialordnungsfunktion des staatlichen Kredites, die dadurch gewährleistet wird, daß man den Bürger nicht zu bestimmtem Verhalten zwingt, sondern sein Eigeninteresse am Erhalt der staatlichen Hilfe zur Durchsetzung des Gesamtinteresses an einer bestimmten Gesellschaftsordnung benutzt. Das bedeutet, daß der Begünstigte jederzeit auf das Bewilligte verzichten kann. Solange er aber von der Wohltat keinen Gebrauch gemacht hat, ist er auch zur Erfüllung der Nebenbestimmungen nicht verpflichtet (323).
Vor dem Erlaß des Bewilligungsbescheides hat der Bewerber um einen staatlichen Kredit in keinem der in die Untersuchung einbezogenen Fälle einen Anspruch auf dessen Zuteilung. Dies ergibt sich jedoch nicht, wie Henze meint (324), "zwangsläufig aus der Tatsache, daß diese (staatliche Leistung) stets ein wirtschaftliches Wagnis einschließt, dem nur durch die Einräumung eines gewissen Ermessensspielraumes bei der Auswahl des Subventionsempfängers Rechnung getragen werden kann". Diesem Erfordernis wäre auch Genüge getan, wenn der Verwaltung zwar ein Beurteilungsspielraum bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Rechtsfolge "Kreditgewährung" eingeräumt wäre, bei Bejahung der Voraussetzungen durch die Verwaltung aber ein Anspruch auf die Gewährung vorläge. Dennoch hat es der Gesetzgeber vorgezogen, die Verwaltung noch zusätzlich durch die Gewährung eines Ermessensspielraumes abzusichern.

---

(321) Henze a.a.O. 87.
(322) Obermayer JZ 1962, 378.
(323) Krüger, Auflage 454; doch gilt dies auch, falls es sich um Bedingungen handeln sollte, s.u.S. 87.
(324) Henze a.a.O. 64.

83. BINDUNG AN DIE GRUNDRECHTE

Beim Erlaß dieses Ermessenshoheitsaktes unterliegt die Verwaltung den spezifischen Bindungen des öffentlichen Rechtes, wie z.B. dem Gleichheitssatz (325). Formell ergibt sich diese Bindung der staatlichen Kreditgewährung an die Grundrechte aus der Tatsache, daß der Staat hier materiell Hoheitsverwaltung ausübt. Denn "die nachfolgenden Grundrechte binden . . . (die) vollziehende Gewalt als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG) (326). Materiell kommt, was die Begünstigung selbst anlangt, praktisch ausschließlich das Recht auf gleichmäßige Behandlung bei der Gewährung der Kredite in Frage (327).

84. NEBENBESTIMMUNGEN

Größere Bedeutung kommt der Frage nach der Geltung der Grundrechte bei den mit der staatlichen Leistung verbundenen belastenden Nebenbestimmungen zu, weil sich der Kreditnehmer zwar nicht in einem besonderen Gewaltsverhältnis befindet, in dem er Belastungen in größerem Umfange auf sich nehmen muß, aber dennoch die ihm auferlegten Pflichten oft einer gesetzlichen Grundlage entbehren.

Inwieweit die Beifügung belastender Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten zulässig ist, soll hier nicht im einzelnen erörtert werden (328), es muß genügen, auf die entscheidenden Gesichtspunkte hinzuweisen (329). Enthält ausnahmsweise eine Rechtsnorm eine Auf-

---

(325) Bachof DÖV 1953,423.

(326) Hamann, Rechtsstaat 123; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 109.

(327) Bachof DÖV 1953,423; Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3 Anm. 110; v. Münch AöR 85, 300; BGH DÖV 1959,710.

(328) Aus dem umfangreichen Schrifttum zu diesem Problem seien hervorgehoben: Bitter a.a.O., Fachinger (DV 1949, 118 und 145), Krüger (Auflage), Lerche (DÖV 1961, 486), v. Mangoldt (VerwA 37, 101); an schweizerischen Autoren H.R. Huber und Sulser; speziell für staatliche Beihilfen haben Bitter a.a.O. 135 ff. und Henze a.a.O. 105 ff. die Frage untersucht.

(329) Die Darstellung folgt hier im wesentlichen Bitter a.a.O., insb. S. 41 ff.

zählung der dem Kreditnehmer aufzuerlegenden Belastungen (330), so muß dieser Katalog als abschließend angesehen werden (331). Fehlt eine solche Durchnormierung, so kann der Bürger sich in gewissem Umfange bei der Gewährung der Begünstigung belastenden Nebenbestimmungen unterwerfen. Mit dem Antrag auf Gewährung der Begünstigung erklärt der Bürger seine Bereitschaft, sich den Nebenbestimmungen zu unterwerfen, die die Verwaltung ihm auferlegen will (332). Hierbei unterliegt die Verwaltung einmal materiellen Beschränkungen, die sich aus der Bindung der Nebenbestimmungen an den Zweck der staatlichen Förderungsmaßnahmen im Rahmen des Grundgesetzes ergeben. Ähnlich wie bei den besonderen Gewaltverhältnissen (333) sind Nebenbestimmungen zulässig, soweit sie durch den Förderungszweck gerechtfertigt sind, welcher freilich nicht im Widerspruch zur Verfassung stehen darf. Im Rahmen dieser Zweckmäßigkeit kann der Kreditnehmer auf die Ausübung von Grundrechten insoweit verzichten, als eine solche Beschränkung ihm auch durch Gesetz auferlegt werden könnte. Formell ist die Verwaltung an der Schaffung von Nebenbestimmungen behindert durch ihre Pflichten zur Wahrung der Zuständigkeiten und zur Benutzung der zur Durchsetzung einer Verpflichtung des Bürgers gesetzlich vorgesehenen Zwangsmittel. Sie kann also grundsätzlich im Wege der Nebenbestimmung keine Verpflichtung auferlegen, für deren Verfügung ein anderer Verwaltungszweig zuständig ist, oder Verpflichtungen durchzusetzen versuchen, die anderweitig und mit anderen Zwangsmitteln vorgesehen sind.

Mit welchen Mitteln sich der Bürger gegen die Auferlegung unzulässiger Nebenbestimmungen wehren kann, hängt von deren rechtlicher Qualifizierung ab. Der deutschen Verwaltung stehen für die Koppelung von Belastungen mit begünstigenden Verwaltungsakten zwei Gestaltungsformen zur Verfügung, die sich nach Wesen und Rechtsfolgen grundlegend unterscheiden, die Bedingung und die Auflage.

Die Bedingung ist "ein unselbständiges, dem Tatbestand des Verwaltungsaktes eingefügtes Element, das den Eintritt der Rechtswirkung von einem zukünftigen Ereignis abhängig macht" (334). Dieses zukünftige Ereignis

(330) Vergl. § 8 der 1. DVO zum Handelsschiffsdarlehensgesetz.

(331) Krüger, Auflage 453.

(332) Henze a.a.O. 65; E.R. Huber WVerwR II, 729.

(333) Auf die Parallelität der Problematik weist auch Henze (a.a.O. 109) hin, nicht ohne aber das Leistungsverhältnis scharf gegen das besondere Gewaltverhältnis abzugrenzen.

(334) Bitter a.a.O. 16; v. Mangoldt a.a.O. 103; Sulser a.a.O. 6.

kann sehr wohl ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Begünstigten sein. Rechtsfolge einer Bedingung ist also zunächst ein Schwebezustand (335), der sich bei Eintritt der Bedingung in endgültige Rechtswirksamkeit oder automatische Rechtsunwirksamkeit des Verwaltungsaktes verwandelt; erzwungen werden kann die Bedingung nicht (336). Ebensowenig bedarf es eines Rechtsschutzes des Bürgers gegen unzulässige Bedingungen, denn solche gelten als nicht beigefügt (337).

"Unter Auflage verstehen wir (demgegenüber) eine selbständige, nur äußerlich dem Verwaltungsakt beigefügte Willenserklärung, die keinerlei rechtlichen Schwebezustand herbeiführt" (338). Sie legt eine selbständige Verpflichtung auf, die allerdings in dem Sinne bedingt ist, daß sie erst Wirksamkeit erlangt, wenn von der Wohltat Gebrauch gemacht wird (339). Dann aber ist sie auch selbständig vollstreckbar (340). Da die Auflage ein einem Verwaltungsakt beigefügtes, sonst aber selbständiges Gebot oder Verbot beinhaltet, bildet sie ebenfalls einen Verwaltungsakt und kann daher als solcher anfechtbar oder nichtig sein (341).

Für die konkrete Frage nach dem Rechtsschutz gegen unzulässige Nebenbestimmungen bei Kreditbewilligungen ergibt diese begrifflich scharfe Abgrenzung zwischen der Auflage und der Bedingung wenig, da es gerade zweifelhaft ist, welche der beiden Rechtsfiguren vorliegt. Zur Beseitigung dieser Zweifel ist auch die Gesetzesterminologie nicht geeignet, da sie - soweit überhaupt vorhanden - die Begriffe recht willkürlich verwendet (342). Und die im Zivilrecht brauchbare Unterscheidung zwischen essentialia und accidentialia negotii spielt im Verwaltungsrecht eine geringe Rolle, da alle verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen wesentliche Bestandteile des Verwaltungsaktes sind (343).

---

(335) BGH BB 1955, 8. (336) v. Mangoldt a.a.O. 108.
(337) Bitter a.a.O. 75; Sulser a.a.O. 94; Fachinger DV 1949, 147.
(338) Bitter a.a.O. 15; v. Mangoldt a.a.O. 106.
(339) Bitter a.a.O. 15; Krüger, Auflage 454; v. Mangoldt a.a.O. 106.
(340) Bitter a.a.O. 16.
(341) Bitter a.a.O. 73; BGH BBauBl 1957, 524; OVG Münster DWW 1958, 216.
(342) Bachof, JZ 1962, 747; v. Mangoldt a.a.O. 109.
(343) H.R. Huber a.a.O. 27; Schindler a.a.O. 147.

Schindler hat - für die schweizerische Rechtslage - aus der Tatsache, daß der staatliche Kredit gerade deshalb gewährt wird, "damit der Empfänger die zur Bedingung gemachte Aufgabe erfüllen kann", den Schluß gezogen, daß die Nebenbestimmungen keine selbständigen, mit dem Rechtsgeschäft nur äußerlich verbundenen Anordnungen, also Auflagen sein könnten, sondern daß es sich hier um Bedingungen handeln müsse (344). Demgegenüber kommt Ipsen von demselben Ausgangspunkt aus, daß nämlich der Staat aus Rechtsgründen erwarte, daß der Private sich in einer Weise verhält, die dem öffentlichen Interesse als Gegenleistung erscheint, zu dem Ergebnis, daß eine "auflagemäßige Bindung der bewilligten Mittel an den Subventionszweck" vorliege (345).

Diese Meinungsdivergenz macht deutlich, daß hier methodisch nicht der richtige Weg gewählt wurde. Die Rechtsnatur der Nebenbestimmungen kann vielmehr nur dann bestimmt werden, wenn Klarheit darüber besteht, welche Sanktion eine Nichterfüllung bestimmter dem Kreditnehmer auferlegter Verpflichtungen hat.

Nur in Ausnahmefällen ist diese Rechtsfolge gesetzlich festgelegt, wie etwa in der Auskunftspflichtverordnung, die als einzige Sanktion der Verweigerung eine Bestrafung kennt (§ 6). Es ist selbstverständlich, daß hier keine Bedingung, sondern eine Auflage mit gebundener Unrechtsfolge vorliegt.

Nicht von deutschen, wohl aber von schweizerischen Autoren wird die Auffassung vertreten, die Erfüllung der Pflichten des Empfängers der staatlichen Leistung stehe "in bedingungsähnlicher Beziehung" (346) zur Leistung des Staates: zumindest bis zur Auszahlung der Kreditvaluta sei die Nichtauszahlung die einzig mögliche Folge von Pflichtverletzungen (347).

Nicht als Rechtswirkung, sondern als allein oder neben anderen mögliche Unrechtsfolge betrachtet die überwiegende Lehre und Rechtsprechung die Nichtauszahlung oder Rückforderung der bewilligten Kredite, indem sie dem Staat in diesem Fall die Befugnis gibt, den Bewilligungsbescheid zu widerrufen (348).

---

(344) Schindler a.a.O. 147.

(345) Ipsen DVBl 1956, 504 und 608.

(346) Osterwalder a.a.O. 76.

(347) Osterwalder a.a.O. 76; Schindler a.a.O. 157; Sulser a.a.O. 51 f.

(348) Forsthoff, Lehrbuch 243; Imboden a.a.O. 157; Ipsen DVBl 1956, 608; Henze a.a.O. 67; O. Mayer I, 248; BGHZ 24, 100; BayVerwGH VerwRspr. 3, 316.

Schließlich kann die selbständige Erzwingbarkeit der dem Kreditnehmer auferlegten Verpflichtungen als aus deren Auflagecharakter notwendig folgende Konsequenz angesehen werden (349), oder sich, wie Zuleeg annimmt (350), aus einem Plangewährleistungsanspruch des Staates gegen den begünstigten Bürger ergeben, dem verwehrt ist, sich durch einseitigen Verzicht auf die Gewährung der Verwaltung den Verpflichtungen zu entziehen, die durch die Auflage begründet worden sind.

Bei der Prüfung der vorgetragenen Thesen auf ihre Gültigkeit in der staatlichen Kreditverwaltung kann von zwei Grundsätzen ausgegangen werden, die die öffentliche Verwaltung im allgemeinen, die Kreditverwaltung aber im besonderen binden:

- Der Bewilligungsbescheid ist ein begünstigender Verwaltungsakt und steht als solcher in ganz besonderem Maße unter der Herrschaft des Grundsatzes der Rechtssicherheit (351). Daher kann nicht angenommen werden, daß seine Wirksamkeit in einem bedingungsmäßigen Zusammenhang mit sämtlichen dem Kreditnehmer auferlegten Belastungen steht. Einerseits bedeutet der durch die Bedingung herbeigeführte Schwebezustand einen in der staatlichen Kreditverwaltung, insbesondere unter Berücksichtigung der Interessen des eingeschalteten Kreditinstitutes, unerträglichen Zustand der Rechtsunsicherheit; andererseits ist die sofortige Nichtigkeit beim Eintritt einer Bedingung als Rechtsfolge zu starr (352), um den Bedürfnissen einer gestaltenden Verwaltung genügen zu können.
- Unter den dem Staat im Falle der Nichterfüllung einer mit einem begünstigenden Verwaltungsakt verbundenen Belastung zu Gebote stehenden Zwangsmittel waltet das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ob, d.h. Zwangsmittel muß in angemessenem Verhältnis zum Erfolg stehen, den es erreichen soll (353). Die Verwaltung darf das ihr grundsätzlich zustehende Ermessen bei der Wahl der an die Pflichtverletzung zu knüpfenden Sanktion nur unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes ausüben (354).

---

(349) Krüger, Auflage 454; O. Mayer I, 248; OVG Münster DWW 1958, 216.
(350) Zuleeg a.a.O. 107.
(351) Forsthoff, Lehrbuch 247.
(352) O. Mayer I, 248.
(353) Forsthoff, Lehrbuch 271.
(354) BGHZ 24, 100 (102).

Bei seiner Anwendung auf die Pflichten eines Kreditnehmers ist der dem staatlichen Kredit wesenseigene Förderungszweck von ausschlaggebender Bedeutung. Die Sozialordnungsfunktion des staatlichen Kredits wird nicht dadurch gewährleistet, daß man den Bürger zu bestimmten Verhalten zwingt, sondern dadurch, daß man sein Eigeninteresse am Erhalt und Behalt einer staatlichen Leistung zur Durchsetzung des Gesamtinteresses an einer bestimmten Sozialordnung benutzt. Das bedeutet einerseits, daß sich der Begünstigte mit dem Verzicht bzw. der Rückleistung des Empfangenen von jeder weiteren Verpflichtung befreien kann (355). Andererseits befindet er sich auch nicht in einem besonderen Gewaltverhältnis, weshalb die zulässigen Zwangsmittel nicht über die Rückgängigmachung der staatlichen Leistung hinausgehen können (356).

Diese Besonderheit der grundsätzlich ohne Anwendung von Zwang auskommenden Staatsinterventionen verkennt Zuleeg, wenn er hier einen Plangewährleistungsanspruch des Staates gegen den Bürger konstruiert. Auch der Einwand Krügers (357), aus der begrifflichen Selbständigkeit der Nebenbestimmungen ergebe sich, daß ihre Nichterfüllung entgegen der h.M. nicht zum Widerruf der Wohltat ermächtige, vermag nicht zu überzeugen. Die begriffliche Trennung zwischen begünstigendem Verwaltungsakt und Nebenbestimmungen dient allein der Verbesserung des Rechtsschutzes und darf nicht darüber hinweg täuschen, daß ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt.

Es läßt sich somit feststellen, daß die mit der Kreditbewilligung verbundenen Belastungen des Bürgers keine Bedingungen sind, da ihre Nichterfüllung keine automatische Nichtigkeit des Bewilligungsbescheides nach sich zieht. Ihre Verletzung berechtigt vielmehr die Verwaltung zum Widerruf des Bewilligungsbescheides; die Wahl jeder anderen Rechtsfolge ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar und daher ermessensfehlerhaft (358).

---

(355) Imboden a.a.O. 157. (356) ebendort.

(357) Krüger, Auflage 457.

(358) Nur scheinbar im Widerspruch hierzu steht die Durchsetzbarkeit der Rückzahlungsverpflichtung. Die zwangsweise Beitreibung des Kredites erfolgt nicht zur Durchsetzung der Auflage zur Tilgung des Kredites, sondern zur Durchsetzung des nach Widerruf des Bewilligungsbescheides und Auflösung des Kreditverhältnisses entstehenden Erstattungsanspruches.

Mit der Feststellung, daß die Verletzung der Nebenbestimmungen "keine Rechtswirkungen, sondern Unrechtsfolgen" (Sulser) hat und ein Handeln der Verwaltung nach sich zieht, ist gleichzeitig nachgewiesen, daß es sich bei den belastenden Nebenbestimmungen um Auflagen handelt, allerdings um solche mit inhaltlich beschränkter Sanktion.

85. RÜCKNAHME UND WIDERRUF DES BEWILLIGUNGS-BESCHEIDES

Bei einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise des durch einen Bewilligungsbescheid - und nur diesen - entstehenden öffentlichen Kreditverhältnisses lösen sich alle jene künstlich aufgehäuften Schwierigkeiten, die für die Zweistufigkeitslehre dadurch entstehen, daß die Auflösung des Kreditverhältnisses die Aufhebung des Bewilligungsbescheides und die Kündigung des privatrechtlichen Darlehensvertrages erfordert. Da der privatrechtliche Darlehensvertrag sich als eine rechtlich unerhebliche Scheinkonstruktion erwiesen hat, ist von staatlicher Seite her eine Auflösung des Kreditverhältnisses nur durch eine Aufhebung des Bewilligungsbescheides möglich.

851. Zulässigkeit

In welchem Umfange eine solche Aufhebung zulässig ist, ist eine Frage, die nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechtes beurteilt werden muß. Ist der Bewilligungsbescheid rechtmäßig, so ist sein Widerruf (359) nur möglich, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist oder die Verwaltung ihn sich zulässigerweise vorbehalten hat (für den Fall der Nichterfüllung von Aufgaben etwa). In allen anderen Fällen scheitert der Widerruf des fehlerfreien Verwaltungsaktes an dem subjektiven öffentlichen Recht auf den Kredit, das der Bürger durch die Bewilligung erworben hat (360).

---

(359) Zur Terminologie vergl. Haueisen DVBl 1957, 506; ihm folgend Forsthoff, Lehrbuch 239.

(360) Forsthoff, Lehrbuch 245; Henze a.a.O. 66; a.A. Eyermann-Fröhler, Anh. zu § 42 Anm. 35, die den Grundsatz des Ins-Werk-Setzens als Hinderungsgrund ansehen.

Umstritten ist, in welchem Umfang ein fehlerhafter Bewilligungsbescheid zurückgenommen werden kann. Während Forsthoff und ihm folgend Henze eine Rechtspflicht der Behörde, die den rechtswidrigen Verwaltungsakt erlassen hat, zur Rücknahme annehmen, eine Bindung, die sie aus dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung folgern (361), wendet die herrschende Lehre und Rechtsprechung hiergegen mit Recht ein, daß auch das Vertrauen des Begünstigten auf den Bestand des Verwaltungsaktes schutzwürdig ist. Nur nach Abwägung der beiderseitigen Interessen - des öffentlichen an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und des privaten am Behalt der Leistung - kann daher die Entscheidung über die Zulässigkeit der Rücknahme getroffen werden (362). Einer Rücknahme für die Vergangenheit steht in aller Regel der Schutz des Begünstigten, der im Vertrauen auf die Leistung Dispositionen getroffen hat, entgegen, es sei denn, der Bewilligungsbescheid beruht auf unrichtigen Angaben des Antragstellers oder die Willensbildung der Behörde ist durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung ursächlich beeinflußt worden (363). Obgleich demnach eine Rücknahme des Bewilligungsbescheides für die Zukunft regelmäßig für zulässig erachtet wird, darf hierbei nicht schematisch auf den Zeitpunkt der Auszahlung der Kreditsumme abgestellt werden. Auch im Vertrauen auf einen bewilligten, aber noch nicht ausbezahlten Kredit kann der Begünstigte Dispositionen getroffen haben, die eine Rücknahme des Bewilligungsbescheides ex nunc und damit die Nichtauszahlung der Kreditsumme als gegen Treu und Glauben verstoßend unzulässig machen können.

852. Der Erstattungsanspruch

Solange das Kreditverhältnis besteht, erfolgt die Rückzahlung des Kredites nach Maßgabe der die Tilgungsmodalitäten bestimmenden Auflagen des Bewilligungsbescheides. Ist aber das Kreditverhältnis durch Widerruf oder Rücknahme des Bewilligungsbescheides aufgehoben, so stellt sich die Frage nach dem Rechtsgrund einer Verpflichtung des Kreditnehmers zur Rückgewähr der erhaltenen Summe.

---

(361) Forsthoff, Lehrbuch 239; Henze a. a. O. 67; ebenso BVerwG DVBl 1957, 497.

(362) BVerwG DVBl 1958, 56 u. 285; OVG Berlin DVBl 1957, 503 mit Anm. Haueisen; Bachof JZ 1962, 759 f., Eyermann-Fröhler Anh. zu § 42 Anm. 38.

(363) Eyermann-Fröhler Anh. zu § 42 Anm. 40.

Aus dem im Verhältnis zum Bewilligungsbescheid akzessorischen Charakter der die Rückzahlung festlegenden Auflage folgt, daß sich die Verpflichtung des Bürgers zur Rückgewähr nach Aufhebung des Bewilligungsbescheides nicht mehr auf die Auflage stützen läßt (364).

Aufgrund der Tatsache, daß mit dem Wegfall des Bewilligungsbescheides der "Behaltensgrund" des Bürgers für den ihm gewährten Kreditbetrag entfallen ist, hat man unter dem Einfluß der Fiskustheorie vielfach geglaubt, der Bürger habe hier "etwas ohne rechtlichen Grund erlangt", und deshalb die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) für anwendbar erklärt (365). Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen (366). Die Leistung des Staates ist öffentlichrechtlicher Natur und der Anspruch auf Rückgewährung bildet nur seine Kehrseite. Aus dem Grundsatz der Umkehrung folgt daher, daß auch er ein nach öffentlichem Recht zu beurteilender Anspruch ist. Die Vorschriften der §§ 812 ff. BGB sind auf diesen öffentlichrechtlichen Anspruch aber auch nicht analog anwendbar (367). "Nicht nur darum, weil sie für das öffentliche Recht nicht passen (368), sondern weil das Verwaltungsrecht im Erstattungsanspruch ein eigenes Rechtsinstitut entwickelt hat, dem die Rechtsgrundsätze zu entnehmen sind, welche die analoge Heranziehung von §§ 812 ff. BGB liefern soll" (369).

Bei der nach Aufhebung eines öffentlichrechtlichen Kreditverhältnisses entstehenden Rückgewährsverpflichtung des Kreditnehmers handelt es sich um einen solchen Erstattungsanspruch des Staates gegen den Bürger, da er die Abwicklungsstufe eines öffentlichrechtlichen Leistungsanspruches

---

(364) Krüger, Auflage 456.

(365) Vergl. das bei Jellinek (a.a.O. S. 51 Anm. 1) zitierte Urteil des OLG Rostock vom 16.5.1908 (MecklZ 27 (1909) S. 30 f.) und den vom BVerwG (E 4,215,217) zitierten Beschluß des LG Ansbach vom 26.9. 1952 (ND 1953,93).

(366) BVerwGE 4,215 (218 f.); Jellinek a.a.O. 51.

(367) BVerwG ebenda; Forsthoff, Lehrbuch 160 f.

(368) Hierzu Meier-Branecke a.a.O. 253 ff.

(369) Forsthoff, Lehrbuch 160 f.; zu diesem Anspruch Bachof, Vornahmeklage 100 ff., Lassar a.a.O. sowie Haueisen NJW 1954,977 und 1955,212.

darstellt (370). Inhalt des Anspruches ist die Pflicht des Kreditnehmers, den ihm ausgezahlten Betrag - soweit er ihn noch nicht im Rahmen des Kreditverhältnisses getilgt hat - zurückzuerstatten. Weigert er sich, diese Verpflichtung zu erfüllen, so stehen dem Staat die Zwangsmittel zur Verfügung, die allgemein zur Vollstreckung von Ansprüchen der Verwaltung auf öffentlichrechtliche Geldleistungen bestehen (371).

Öffentlichrechtliche Geldforderungen des Bundes werden nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz im Verwaltungswege vollstreckt (372). Voraussetzung für die Einleitung der Vollstreckung ist außer der Fälligkeit der Leistung ein Leistungsbescheid, durch den der Schuldner zur Leistung aufgefordert worden ist, und der Ablauf einer Frist von einer Woche (§ 3 Abs. 2 BVwVG). Außerdem soll der Schuldner vor Anordnung der Vollstreckung mit einer Zahlungsfrist von einer weiteren Woche besonders gemahnt werden (§ 3 Abs. 3 BVwVG). Anschließend wird von der Behörde, die den Anspruch geltend machen darf, eine Vollstreckungsanordnung erlassen, auf deren Grundlage die Vollstreckung eingeleitet wird (§ 3 Abs. 1 und 4 sowie § 5 BVwVG) (373).

86. DER RECHTSSCHUTZ DES KREDITNEHMERS

Ein einstufig öffentlichrechtliches Verständnis des öffentlichen Kreditverhältnisses hat auf dem Gebiet des Rechtsschutzes des Kreditbewerbers und -nehmers eine erhebliche Klärung und Vereinfachung und damit eine Erhöhung der Rechtssicherheit gegenüber der Zweispurigkeit des Rechtsschutzes nach der Zweistufigkeitslehre zur Folge.

---

(370) Maunz, BayVerwBl 1962, 1 (4); BVerwGE 13, 307 (310).

(371) Maunz, BayVerwBl 1962, 1 (4); wenn Ipsen (DVBl 1956, 613) annimmt, der Staat müsse hier den ordentlichen Rechtsweg beschreiten und einen vollstreckbaren Titel erstreiten, so ist dies zwar vom Standpunkt der Zweistufigkeitslehre aus folgerichtig, beruht aber auf einer Verkennung des Anspruchs auf die Auszahlung des Kredites und zeigt erneut die geringe Praktikabilität dieser Theorie.

(372) Verwaltungsvollstreckungsgesetz (BVwVG) vom 27.4.1953 (BGBl. I S. 157) geändert durch Gesetz vom 12.4.1961 (BGBl. I S. 425).

(373) Vergl. hierzu Forsthoff, Lehrbuch 269.

861. Gegen unzulässige Auflagen

Für den Rechtsschutz des Bürgers gegen eine Kreditbewilligung unter Auferlegung unzulässiger Belastungen ist ausschlaggebend, daß die Auflage neben ihrer den begünstigenden Verwaltungsakt einschränkenden Wirkung auch eine selbständige, unter besondere Sanktion gestellte Verpflichtung enthält (374), die dem Bürger vom Staat auferlegt wird, und insoweit einen selbständigen Verwaltungsakt bildet (375). Dieses Ergebnis bedeutet dreierlei. Zunächst gilt eine rechtswidrige Auflage im Gegensatz zu einer rechtswidrigen Bedingung nicht als nicht beigefügt. Sie steht vielmehr, wie jeder Verwaltungsakt, unter dem Grundsatz der Rechtsbeständigkeit, d.h. eine nicht offensichtlich nichtige Auflage bleibt solange wirksam, als sie nicht erfolgreich angefochten ist. Als Verwaltungsakt ist sie aber aufgrund der Generalklausel vor den Verwaltungsgerichten selbständig anfechtbar (376). Wird sie schließlich als rechtswidrig aufgehoben, so stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Begünstigung. "In der Regel wird . . . . aus der Auflage zu entnehmen sein, daß die Behörde ohne sie den Akt nicht erlassen hätte; dann ist nach h.L. der gesamte Akt aufzuheben. Dieses Ergebnis kann nicht befriedigen. Dies umso weniger, als sich der Einzelne mit Erhebung der Klage stets in die Gefahr begibt, am Ende der Begünstigung ganz verlustig zu gehen. In der Regel wird er daher von diesen rechtlichen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen, sondern die Belastung eben in Kauf nehmen. Dem kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß man in diesen Fällen davon ausgeht, daß die Behörde bei Erlaß eines Aktes mit Nebenbestimmungen auch alle etwa sonst noch entgegenstehenden Umstände berücksichtigt hat und daher die Vermutung dafür spricht, daß die Behörde den Akt auch ohne diese Maßgabe erlassen hätte" (377).

---

(374) Bitter a.a.O. 49.

(375) Bitter a.a.O. 15; Ipsen DVBl 1956, 611; Krüger, Auflage 454, spricht von zweiseitigem Verwaltungsakt wegen der Bedingtheit durch das Gebrauchmachen von der Wohltat; BGH BBauBl 1957, 524 (525); OVG Münster DWW 1958, 216.

(376) Bitter a.a.O. 73.

(377) Bitter a.a.O. 151; ebenso Fachinger DV 1949, 147 und Wolff VerwR I, 234; a.A. Krüger, der den Rechtsgedanken des § 139 BGB anwenden will (Auflage 456).

862. Bei Verweigerung des Kredites

Ebenso wie gegen die Bewilligung eines staatlichen Kredites unter unzulässigen Auflagen steht dem Kreditbewerber auch gegen dessen völlige Verweigerung der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen; denn ebenso wie die Kreditbewilligung ist auch die Entscheidung über die "Ablehnung eines Kredites aus öffentlichen Mittel . . . als Kreditlenkungsmaßnahme eine öffentliche Verwaltungsmaßnahme und, da diese mit hoheitlichen Mitteln durchgeführt wird, ein Verwaltungsakt" (378). Dies ergibt sich aus dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Satz, daß die Verweigerung eines Verwaltungsaktes ebenfalls einen Verwaltungsakt darstellt (379).

863. Bei Untätigkeit des Staates

Äußert sich die Verwaltung schließlich auf den Antrag des Kreditbewerbers überhaupt nicht, so kann hierin zwar kein Verwaltungsakt gesehen werden, da es an einer Äußerung der Verwaltung, einem Verwaltungshandeln, fehlt. Da diese Unterlassung jedoch einen Verwaltungsakt vertritt - die Bewilligung oder Verweigerung des staatlichen Kredites -, ist auch gegen sie der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (380).

864. Bei Verweigerung der Auszahlung eines bewilligten Kredites

Kommt das Kreditverhältnis zwischen Staat und Bürger zwar durch Antrag und Bewilligung zum Entstehen, unternimmt die Verwaltung aber anschließend nichts mehr, um den Bürger in den Genuß des bewilligten Kredites zu setzen, so steht dem Bürger auch gegen diese Untätigkeit der Verwaltung der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen (381). Dies

---

(378) BVerwGE 7,180 (Leitsatz); ebenso Ipsen DVBl 1956,611.

(379) Bachof, Vornahmeklage 31 und DÖV 1957,243; Jellinek a.a.O. 255.

(380) Forsthoff, Lehrbuch 496.

(381) A.A. Ipsen (DVBl 1956,611), der eine zivile Leistungsklage für zulässig hält, da nach seiner Auffassung -konsequenterweise - nicht auf eine Amtshandlung, sondern auf Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung geklagt wird, obgleich öffentliche Verwaltungsaufgaben wahrgenommen werden.

folgt aus dem subjektiven öffentlichen Recht auf Auszahlung, das der Kreditnehmer durch den Bewilligungsbescheid erworben hat. Zu dessen Erfüllung kann der Kreditnehmer auf Leistung klagen und zwar in der Form der Leistungsklage, die als andere "öffentlichrechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art" (§ 40 VwGO), immer dann zulässig ist, wenn das beantragte Handeln der Verwaltung, hier also die Auszahlung des Kreditbetrages bzw. die Anweisung des eingeschalteten Kreditinstitutes hierzu, keinen Verwaltungsakt, sondern nur eine "Amtshandlung" (§ 113 Abs. 4 VwGO) darstellt (382).

865. Bei Aufhebung des Kreditverhältnisses

Welchen dogmatischen und konstruktiven Schwierigkeiten sich die Zweistufigkeitslehre bei der Aufhebung des Kreditverhältnisses gegenüber sieht, wurde schon darzustellen versucht (383). An dieser, den Rechtsschutz des Bürgers behandelnden Stelle genügt die Feststellung, daß jede Erklärung der Verwaltung, gleichgültig, wie sie von ihr qualifiziert wird (Rücknahme, Widerruf, Kündigung), durch die das Kreditverhältnis aufgehoben werden soll, als actus contrarius zu der Kreditbewilligung einen Verwaltungsakt darstellt und als solcher von den Verwaltungsgerichten auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden kann (384).

---

(382) So die h.M. im Schrifttum, vergl. Schunck-De Clerk § 42 Anm. 4a mit weiteren Nachweisen; a.A. Eyermann-Fröhler § 42 Anm. 17, die hier unter Berufung auf die Ausführungen Bachofs (Vornahmeklage 31) zur Rechtslage nach den süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen eine Verpflichtungsklage annehmen. Die Rechtsprechung tendiert dazu, diese Frage offen zu lassen, da die Verpflichtungsklage eine Unterart der Leistungsklage ist; BVerwGE 10, 274 (276) und Bachof, JZ 1963, 668 und 706.

(383) Vergl. o.S. 60 ff.

(384) BVerwGE 10, 64 und NJW 1962, 830; Hamann BB 1953, 866; a.A. OVG Münster OVGE 14, 274 (275), das wegen der Erklärung der Verwaltung, den Darlehensvertrag zu kündigen, den Verwaltungsrechtsweg verneint.

866. Gegen sonstige Entscheidungen im Rahmen des Kreditverhältnisses

Dasselbe gilt von allen Entscheidungen der Verwaltung, durch die das Kreditverhältnis inhaltlich umgestaltet wird oder durch die Anträge des Kreditnehmers auf eine Umgestaltung zurückgewiesen werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend hervorgehoben hat (385), ergibt sich der Charakter dieser Entscheidungen als Verwaltungsakte aus ihrem Zweck, dem einzuhaltenden Verfahren, insbesondere der Verpflichtung, auf den gestellten Antrag einzugehen, den Voraussetzungen ihres Ergehens und ihrer einen ursprünglichen Verwaltungsakt abändernden, bzw. diese Abänderung verweigernden Wirkung, was nur durch einen Verwaltungsakt möglich ist. Als Verwaltungsakt vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar sind daher der Bescheid über den Antrag auf Herabsetzung der Zinsen (386), die Ablehnung eines Stundungsantrages (387), die Befreiung des Empfängers eines staatlichen Baudarlehens von den dabei übernommenen Verpflichtungen hinsichtlich der Belegung der Wohnungen (388).

867. Entscheidende Stelle

Implicite liegt den vorgetragenen Feststellungen über den Charakter der verschiedenen möglichen Entscheidungen bei Begründung oder im Rahmen eines öffentlichen Kreditverhältnisses der Gedanke zugrunde, daß diese Entscheidungen von der das Kreditverhältnis durch den Bewilligungsbescheid zum Entstehen bringenden Verwaltung erlassen werden, da nur Entscheidungen von Verwaltungsbehörden Verwaltungsakte sind (389). Was für den Bewilligungsbescheid gilt, nämlich daß er als Ausfluß der staatlichen Hoheitsgewalt notwendig ein Akt einer Verwaltungsbehörde ist (390), muß aber auch für die den Bewilligungsbescheid aufhebenden, ändernden oder nicht ändernden Entscheidungen gelten: nur die Verwaltung

---

(385) BVerwGE 13,47 (48) mit zustimmender Anmerkung Obermayer JZ 1962, 376; und Ipsen DVBl 1962,136.

(386) BVerwGE 13,47; a.A. noch BVerwG DVBl 1959,665 und OVG Berlin DVBl 1961,209.

(387) Ipsen DVBl 1956,612.

(388) LVG Koblenz BBauBl 1954,177.

(389) Eyermann - Fröhler § 42 Anm. 62.

(390) s.o.S. 12 f.

- gegebenenfalls die vorgesetzte Behörde - kann den von ihr erlassenen Verwaltungsakt modifizieren.

Dem läßt sich freilich entgegenhalten, daß in nicht wenigen Fällen Modifikationen des Kreditverhältnisses beim eingeschalteten Kreditinstitut beantragt werden, das seinerseits dem Kreditnehmer die ergangene Entscheidung mitteilt. Nach Auffassung des Bundesausgleichsamtes liegen in all diesen Fallen keine "Verwaltungsakte gegenüber dem Darlehensnehmer, sondern Erklarungen im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhandinstitut" vor (391), wahrend die Erklärung des Kreditinstitutes dem Kreditnehmer gegenüber den Charakter eines privatrechtlichen Gestaltungsrechts haben soll.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Wie sich aus der Stellung der Kreditinstitute ergibt, können diese keine hoheitlichen Entscheidungen treffen, durch die das offentliche Kreditverhaltnis gestaltend beeinflußt wird. Wenn also Entscheidungen dem Kreditnehmer gegenüber getroffen werden, die diese Wirkung haben oder Anträge des Kreditnehmers auf Gestaltung zurückweisen, so beruhen diese nicht auf einer Entschließung des Kreditinstitutes, sondern ausschlaggebend ist die Entscheidung der Verwaltung. Diese, durch das Kreditinstitut nicht abänderbare Erklärung wird dem Kreditnehmer durch das Kreditinstitut eröffnet. Das Kreditinstitut ist hier der Bote der Verwaltung, der die Entscheidung der Verwaltung dem Kreditnehmer übermittelt (392).

Dem Kreditnehmer gegenüber ist, trotz der gegenteiligen Beteuerungen der Verwaltung, die Entscheidung der Verwaltung ein anfechtbarer Verwaltungsakt (393). Nicht die Subsumtion durch die Verwaltung selbst, sondern die objektive Rechtsnatur einer Verwaltungsäußerung entscheidet

---

(391) Nr. 35 Abs. 3 der Durchführungsbestimmungen des Bundesausgleichsamtes zur Weisung über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe (AGew-DB) i.d.F. vom 5.5.1962 (MtBlBAA 1962, 136).

(392) Zuleeg a.a.O. 132.

(393) Hamann BB 1953, 866.

darüber, ob es sich um einen Verwaltungsakt handelt oder nicht (394). Tritt das Kreditinstitut bei der Eröffnung der Verwaltungsentscheidung im eigenen Namen auf, so ist dies unerheblich, da es nicht auf sein Tätigwerden, sondern auf das der Verwaltung ankommt (395).

Einen Sonderfall bietet in diesem Zusammenhang das Lastenausgleichsrecht: Nach den Bestimmungen über die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen, die Bestandteil des zwischen der Verwaltung und dem eingeschalteten Kreditinstitut abgeschlossenen öffentlichrechtlichen Vertrages sind, erteilt die Verwaltung von Anfang an dem Kreditinstitut die Befugnis, über Stundungsanträge bis zu 3 Monaten allein zu entscheiden (396). Lehnt das Kreditinstitut aufgrund dieser Ermächtigung einen Antrag des Kreditnehmers ab, so scheint es, als genieße dieser hiergegen keinen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, da ein Akt einer Verwaltungsbehörde zunächst nicht vorliegt. Da einerseits in einer Stundung aber eine Gestaltung des öffentlichrechtlichen Kreditverhältnisses liegt, andererseits für die Übertragung dieser, das Kreditverhältnis nur unwesentlich berührenden Entscheidung auf das Kreditinstitut ein echtes Bedürfnis besteht, ohne daß diese geringe Befugnis allein es rechtfertigen würde, hier von beliehenen Unternehmern zu sprechen, wird man nicht umhin können, in der generellen Genehmigung der Verwaltung und der Duldung der Entscheidung der Bank im Einzelfall einen die Äußerung des Kreditinstitutes sanktionierenden stillschweigenden Verwaltungsakt der Ausgleichsbehörden zu sehen, den der Kreditnehmer vor dem Verwaltungsgericht anfechten kann (397).

Schließlich bleibt noch die Frage zu klären, welche Bedeutung einer Äußerung zuzumessen ist, mit der das Kreditinstitut das Kreditverhältnis gestalten will, ohne daß die hierzu allein befugte Verwaltung dem zugestimmt hat. Da diese Erklärung weder ausdrücklich noch stillschweigend von der Verwaltung ausgeht, kann durch sie das öffentlichrechtliche Kreditverhältnis in keiner Weise gestaltend beeinflußt werden. Das Fehlen einer öffentlichrechtlichen Wirkung und eines Autors, der Hoheitsträger

---

(394) BayVerfGH BayVerwBl 1956,274 (275).

(395) Zuleeg a.a.O. 132.

(396) § 7 Abs. 2 der AGw-KI und § 9 Abs. 2 der AWoBau-KI.

(397) Zur grundsätzlichen Zulässigkeit stillschweigender Verwaltungsakte vergl. Forsthoff, Lehrbuch 201.

ist, haben zur Folge, daß es sich bei der Erklärung nicht um einen Verwaltungsakt handelt; da der Kreditnehmer nicht einmal Tatsachen vortragen kann, aus denen sich - ihre Richtigkeit unterstellt - ergibt, daß ein Verwaltungsakt vorliegt, kann diese Erklärung nicht im Wege der Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht angegriffen werden (398). Durch eine solche Erklärung des eingeschalteten Kreditinstitutes wird nichtsdestoweniger die Rechtsstellung des Kreditnehmers auf das höchste gefährdet, wenn beispielsweise im Anschluß an eine wirkungslose Aufhebung das Kreditinstitut die noch bei ihm auf Konto stehenden Kreditbeträge sperrt o.ä. . Hier hilft dem Kreditnehmer einmal eine Klage gegen die Verwaltung, deren Erfüllungsgehilfe tätig geworden ist, auf Feststellung des Fortbestehens des öffentlichrechtlichen Kreditverhältnisses (§ 43 VwGO). Daneben kann der Kreditnehmer auch auf dem Privatrechtsweg gegen das Kreditinstitut vorgehen und auf Auszahlung seines Guthabens klagen, da im Verhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Kreditnehmer der auf dem Konto stehende Kreditbetrag ein Guthaben wie jedes andere ist. Die Unwirksamkeit der das Kreditverhältnis zu gestalten versuchenden Erklärung des Kreditinstituts wird in diesem Verfahren incidenter festgestellt.

---

(398) Bachof, DÖV 1957,244; Eyermann-Fröhler § 42 Anm. 11 a.

Neuntes Kapitel

Haftungsfragen

91. DIE HAFTUNG IM KREDITVERHÄLTNIS

Bei der Untersuchung, ob und in welchem Umfange dem Bürger im Rahmen der staatlichen Kreditverwaltung Entschädigungsansprüche gegen den Staat zustehen können, ist zu unterscheiden zwischen dem Einzelnen, der durch die Kreditbewilligung in eine Sonderverbindung zum Staat gekommen ist, und außenstehenden Dritten.

Im Falle des Bestehens eines Kreditverhältnisses kann ein Entschädigungsanspruch des Kreditnehmers entstehen aufgrund rechtswidriger oder rechtmäßiger Eingriffe der Verwaltung oder des eingeschalteten Kreditinstitutes in die dem Kreditnehmer durch die Kreditbewilligung eingeräumte Stellung. Als derartige Eingriffe kommen in erster Linie die Erzwingung der Erfüllung von Auflagen oder der Entzug des Kredites in Betracht.

911. Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen

Derartige Maßnahmen sind geeignet, das subjektive öffentliche Recht auf den Kredit, das der Kreditnehmer durch die Bewilligung erworben hat, zu beeinträchtigen. Geschieht dies durch die Amtspflichtverletzung eines öffentlichen Amtsträgers, so läßt sich ein Anspruch auf Schadensersatz auf Art. 34 Grundgesetz in Verbindung mit § 839 BGB stützen. Dessen objektive Voraussetzungen liegen in einem solchen Fall vor, da nach der ständigen, von der Rechtslehre gebilligten Rechtsprechung früher des Reichsgerichtes, heute des Bundesgerichtshofes auch die Betätigung öffentlichen Schutzes und öffentlicher Fürsorge, sofern der Staat dabei hoheitlich handelnd auftritt, "Ausübung eines öffentlichen Amtes" ist (399). Auch schafft das Kreditverhältnis zwischen dem Staat und dem Bürger die individuelle Beziehung, durch die rechtswidriges Handeln eines Amtsträgers zu einer Verletzung der dem Kreditnehmer gegenüber bestehenden Amtspflicht wird. Da der Kreditnehmer, um seinen Entschädigungsanspruch auf Art. 34 GG und § 839 BGB stützen zu können, jedoch ein Verschulden

---

(399) Vergl. die Nachweise bei v. Mangoldt - Klein Art. 34 Anm. III 2 b.

des handelnden Beamten nachweisen muß, wird die Durchsetzung nicht selten an Beweisschwierigkeiten scheitern, da Verschulden keineswegs allgemein bejaht oder gar unterstellt werden darf (400).

912. Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff in das Recht am Kredit

Es fragt sich daher, ob dem Kreditnehmer ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff bei schuldlos-rechtswidrigem Verwaltungshandeln zusteht (401). Dieser Anspruch ist dann gegeben, wenn es sich um "unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre eines Einzelnen" handelt, die "sich für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt wie auch nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden und wenn sie in ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben" (402). Die Frage nach dem Anspruch auf Entschädigung läßt sich daher für den rechtmäßigen und den rechtswidrigen hoheitlichen Eingriff in das öffentliche Kreditverhältnis einheitlich beantworten, und sie spitzt sich auf das Problem zu, ob Eingriffe in subjektive öffentliche Rechte die Entschädigungspflicht des Staates nach sich ziehen können. Ohne auf den Streitstand im einzelnen eingehen zu können (403), kann als herrschende Meinung zu dieser Frage festgehalten werden, daß nur solche subjektiven öffentlichen Rechte unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG fallen und damit bei Verletzung einen Entschädigungsanspruch auslösen, die "die Grundlage einer privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Betätigung bilden oder durch persönliche Arbeit erdient sind" (404). Sicher nicht den Schutz des Eigentums genießen "Ansprüche, die der Staat in Erfüllung seiner Fürsorgepflicht den Bürgern . . . einräumt" (405). Dieses Ergebnis bedeutet, daß

---

(400) Das verbietet sich schon deshalb, weil das Gebiet der Subventionen weithin "juristisches Neuland" ist: Hamann BB 1962, 506.

(401) Hierzu BGH (GSZ) Z 6, 270; Bachof, Vornahmeklage 117; Forsthoff, Lehrbuch 310; Wolff VerwR I, 326.

(402) BGHZ 6, 270 (290 f.).

(403) Vergl. hierzu die ausführlichen Erörterungen mit Literaturhinweisen bei Ehlermann a.a.O. 86 ff.

(404) Ehlermann a.a.O. 87; Forsthoff, Lehrbuch 299; Wolff VerwR I, 306.

(405) BVerfGE 2, 380 (381 und 402).

dem Empfänger eines staatlichen Kredites bei rechtmäßiger oder rechtswidriger Beeinträchtigung seines subjektiven öffentlichen Rechtes durch die öffentliche Gewalt ein Entschädigungsanspruch nicht zusteht, da dieser Anspruch nicht durch eigene Leistung erworben ist, sondern ein Ausfluß der staatlichen Sozialordnungsaufgabe ist (406).

913. Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Eingehender hat sich das Schrifttum mit der Frage auseinander gesetzt, ob der Entzug eines staatlichen Kredites eine Enteignungsentschädigung wegen eines Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auslösen kann (407).

Es ist heute außer Streit, daß das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem reinen Sacheigentum gleichzustellen ist und den Schutz des Art. 14 GG genießt (408). Insbesondere wirtschaftslenkende Maßnahmen sind in weitem Umfange geeignet, dieses Recht zu beeinträchtigen, gerade bei ihnen muß jedoch zwischen einer wirklichen Beeinträchtigung und einer bloßen Chancenminderung scharf unterschieden werden, da letztere nach herrschender Ansicht keine Enteignung darstellt (409).

Die Verweigerung - und damit a fortiori der Entzug - eines staatlichen Kredites bildet nach der Auffassung Bellstedts (410) eine Minderung des dynamisch zu verstehenden Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, die, wenn sie ungleich erfolgt, einen Entschädigungsanspruch erzeugt.

Auch Hamann (411) vertritt die Ansicht, daß derartige Maßnahmen den Inhalt des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes ver-

---

(406) Ebenso im Ergebnis Ehlermann a.a.O. 90.

(407) Bejahend Bellstedt DÖV 1961, 161; Hamann BB 1962, 505; ablehnend Ehlermann a.a.O. 90.

(408) Vergl. die Nachweise bei Ehlermann a.a.O. 83 f.; kritisch zu der Lehre Raiser, JZ 1961, 4 69 f.

(409) Hamann BB 1962, 506.

(410) Bellstedt DÖV 1961, 167.

(411) Hamann BB 1962, 506.

ändern, d.h. einschränken und daher als Eingriffe anzusehen sind.

Demgegenüber kommt Ehlermann (412) zu dem Ergebnis, "daß wirtschaftslenkende Maßnahmen indirekter Art öffentlichrechtliche Entschädigungsansprüche grundsätzlich nicht auszulösen vermögen", aus dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sich daher ein Entschädigungsanspruch bei Entzug eines staatlichen Kredites nicht herleiten lasse.

Eine Prüfung der gegensätzlichen Auffassungen hat vom Wesen des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auszugehen und von daher zu untersuchen, ob und in welchem Umfange Kreditlenkungsmaßnahmen dieses Recht beeinträchtigen können.

Nachdem Schutzobjekt des Rechtes zunächst nur der Bestand des Gewerbebetriebes war (413), bezog die Rechtsprechung in der Folge auch die "einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitsbereich zu rechnen ist" (414), des Gewerbebetriebes in das Recht ein. Dieses Recht umfaßt danach "nicht nur die Betriebsgrundstücke und -räume, sowie die Einrichtungsgegenstände, die Warenvorräte und die Außenstände; dazu gehören auch geschäftliche Verbindungen, Beziehungen, der Kundenstamm, kurz alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebes ausmacht" (415). Diese Abgrenzungen zeigen, daß dem Schutz des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Gedanke zugrunde liegt, das zu schützen, was der Unternehmer "durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand" (416) aus der sachlichen Substrat seines Gewerbebetriebes gemacht hat. Das bedeutet, daß der Schutzbereich des Rechtes nur soweit gezogen werden kann, daß das durch die Teilnahme des Gewerbetreibenden am Wirtschaftsleben Erworbene umfaßt wird. Vorteile, die dem Gewerbetreibenden nicht aufgrund seiner wirtschaftlichen Leistung, sondern unter übergeordneten Sozialordnungsgesichtspunkten zufließen, genießen nicht den Schutz des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Der Entzug eines staatlichen Kredites bildet daher keinen

---

(412) Ehlermann a.a.O. 90.

(413) RGZ 135, 242 (247)

(414) BGHZ 3,270 (279).

(415) BGHZ 23,157 (163); gegen diese Entwicklung Palandt - Gramm § 823 Anm. 6.

(416) BVerfGE 1,264 (277).

unter Enteignungsgesichtspunkten entschädigungspflichtigen Tatbestand.

914. Haftung des Staates für das eingeschaltete Kreditinstitut

Wird die Rechtsstellung des Kreditnehmers durch rechtswidrige, schuldhafte Maßnahmen eines Angestellten oder Organs des eingeschalteten Kreditinstitutes beeinträchtigt, so kommt eine Haftung des Staates hierfür aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB nicht in Betracht. Dies folgt daraus, daß - wie oben darzulegen versucht wurde - das Kreditinstitut bei seiner Tätigkeit im Rahmen der staatlichen Kreditgewährung keine staatliche Gewalt ausübt, womit die Möglichkeit ausscheidet, seine Tätigkeit als "Ausübung eines öffentlichen Amtes" im Sinne des Art. 34 GG anzusehen (417).

Der Staat kann sich jedoch seiner Sorgfaltspflicht gegenüber dem in eine individuelle Verbindung zu ihm getretenen Einzelnen nicht dadurch entledigen, daß er sich bei der Erfüllung seiner Verpflichtung solcher Hilfspersonen bedient, deren Tätigkeit nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes ist. Vielmehr muß auch auf öffentlichrechtliche, auf Verwaltungsakt beruhende Rechtsverhältnisse der Rechtsgedanke des § 278 BGB entsprechende Anwendung finden, demzufolge der Partner eines Rechtsverhältnisses für das Verschulden von Personen, deren er sich bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis zulässigerweise bedient, einzustehen hat (418). Der Staat haftet daher im Rahmen des öffentlichen Kreditverhältnisses dem Kreditnehmer gegenüber für das Verschulden der Organe und Angestellten des eingeschalteten Kreditinstitutes nicht aus Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB, sondern aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gehilfenhaftung.

92. HAFTUNG DES KREDITINSTITUTES

Neben die Haftung des Staates für schuldhaftes Handeln der Organe und Angestellten des eingeschalteten Kreditinstitutes tritt bei Vorliegen der

---

(417) Palandt - Gramm § 839 Anm. 2 c.

(418) BGHZ 4, 138 (151); OLG Schleswig JR 1950, 24; Baur JZ 1963, 44.

Voraussetzungen eine Eigenhaftung des Kreditinstitutes dem Kreditnehmer gegenüber.

Zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditinstitut besteht eine privatrechtliche, vertragliche Verbindung, aufgrund derer das Kreditinstitut dem Kreditnehmer zur Wahrnehmung seiner Interessen verpflichtet ist. Verletzt das Kreditinstitut seine vertraglichen Pflichten, so ist es dem Kreditnehmer zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet (419). Eine Verletzung des Bankvertrages ist insbesondere darin zu sehen, daß das Kreditinstitut die Auszahlung des Kredites unter Hinweis auf eine "Kündigung" des "Darlehensvertrages", die nicht aufgrund einer Entscheidung der Kreditverwaltung erfolgt ist, verweigert.

Eine deliktische Haftung des Kreditinstitutes kommt dagegen regelmäßig nicht in Frage. Eine Schadensersatzpflicht des Kreditinstitutes könnte sich insoweit nur aus der Verletzung eines "sonstigen Rechtes" nach § 823 Abs. 1 BGB herleiten lassen. Hierunter sind ausschließliche Rechte zu verstehen, also dingliche Rechte, Persönlichkeits- und Familienrechte, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb u.ä. (420). Zwar können auch subjektive öffentliche Rechte, wenn sie denselben rechtlichen Charakter wie das Eigentum haben und von jedermann zu beachten sind, also ausschließliche Rechte sind, den Schutz des § 823 BGB genießen, das subjektive öffentliche Recht auf den Kredit ist jedoch ein reines Forderungsrecht, dessen Verletzung keinen deliktischen Schadensersatzanspruch auslöst (421).

Eine Beeinträchtigung des Kredites führt auch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht zu einer Deliktshaftung, da der Entzug der staatlichen Begünstigung keinen unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs gerichteten Eingriff bildet; eine solche Maßnahme kann nur mittelbar eine Schädigung des Gewerbebetriebs herbeiführen, eine Haftung aus § 823 BGB begründet sie daher nicht (422).

---

(419) Zur positiven Vertragsverletzung vergleiche Larenz I, § 23 mit weiteren Nachweisen.

(420) Vergl. die Übersicht bei Palandt - Gramm § 823 Anm. 6.

(421) RGZ 111,298 (302).

(422) BGHZ 3,270 (274); RGZ 135,242 (247); RGZ 163,21 (32).

93. HAFTUNG GEGENÜBER DRITTEN

Ist der Staat zu bestimmten Bürgern in ein Kreditverhältnis getreten, zu bestimmten anderen Bürgern aber nicht, so erhebt sich die Frage, ob die bei der Kreditgewährung unberücksichtigt Gebliebenen aus irgendeinem Rechtsgrund Entschädigungsansprüche stellen können, wenn ihnen durch die staatliche Maßnahme ein Schaden entstanden ist, sei es, daß ihre Wettbewerbslage gegenüber den kreditierten Konkurrenten sich verschlechtert hat, sei es, daß sie im Vertrauen auf den Erhalt des Kredites Dispositionen getroffen haben, die sich ohne den Kredit als schadensstiftend erweisen.

Bei der Erörterung dieser Fälle ist davon auszugehen, daß keine der Rechtsnormen, aufgrund deren staatliche Kredite gewährt werden, dem Kreditbewerber einen Anspruch auf die Bewilligung einräumen, daß vielmehr die Auswahl der Kreditempfänger eine Ermessensentscheidung der Verwaltung darstellt. Durch einen ablehnenden Bescheid der Verwaltung kann daher nie ein materielles Recht auf einen staatlichen Kredit verletzt werden.

931. Haftung aus Amtspflichtverletzung

Selbst wenn ein Anspruch auf die beantragte Leistung nicht besteht, so hat der Bürger dennoch das Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, das unmittelbar aus dem Gleichheitssatz fließt (423). Dieses Recht auf Gleichbehandlung besteht auch bei Entscheidungen über staatliche Kredite, auch bei ihnen ist "der Kreis der zu Beteiligenden sorgfältig abzugrenzen", da "alle diejenigen, bei denen in den wesentlichen Richtungen gleichartige Verhältnisse vorliegen, auch gleich behandelt werden müssen" (424). Die Verletzung dieses Rechts muß als Verletzung einer Amtspflicht angesehen werden, die dem Antragsteller gegenüber besteht (425). Da jedoch eine Schadensersatzforderung gemäß Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 Abs. 1 BGB den Nachweis des Verschuldens des handelnden Beamten voraussetzt,

---

(423) Ipsen, Gleichheit 147 f., mit weiteren Nachweisen; Ehlermann a.a.O. 90.
(424) BGH DÖV 1959, 710.
(425) Ehlermann a.a.O. 54; Hamann, Rechtsstaat 124 und BB 1962, 506; BGH DÖV 1959, 710 f.

wird diese Haftung in der Mehrzahl der Fälle an Beweisschwierigkeiten scheitern (426).

932. Enteignung oder enteignungsgleicher Eingriff durch Verweigerung eines staatlichen Kredits

Die Möglichkeiten einer Entschädigung für die schuldlos-rechtswidrige oder rechtmäßige Nichtgewährung eines staatlichen Kredits, mag sie auf einer Entscheidung der Verwaltung oder des Gesetzgebers beruhen, muß dagegen entgegen der im Schrifttum herrschenden Meinung (427) aus rechtlichen Gründen verneint werden.

Eine Entschädigung unter dem Gesichtspunkt der Enteignung oder des enteignungsgleichen Eingriffes in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheitert daran, daß öffentlich-rechtliche, nicht auf eigener wirtschaftlicher Leistung beruhende Vorteile des Gewerbebetriebes nicht in den Schutzbereich dieses Rechtes fallen (428).

Wird ein staatlicher Kredit unter Verletzung des Gleichheitssatzes nicht gewährt, so kann hieraus dem nicht berücksichtigten Kreditbewerber ebenfalls kein Entschädigungsanspruch erwachsen, unabhängig davon, ob der Ausschluß auf einer Entscheidung der Verwaltung oder des Gesetzgebers beruht. Das folgt daraus, daß die Verletzung des Rechts auf fehlerfreien Ermessensgebrauch keine Enteignung darstellt, da es sich um ein subjektives öffentliches Recht handelt, das nicht auf eigener Leistung des Bürgers beruht (429). Das Grundrecht auf Gleichbehandlung ist unentziehbar (430), kann also begrifflich nicht Gegenstand einer Enteignung sein; der nicht berücksichtigte Kreditbewerber kann in diesem Fall Anspruch auf den Kredit haben, da sein Ausschluß rechtswidrig ist, oder die gesamte Regelung im Wege der Normenkontrolle zu Fall bringen, aber einen Entschädigungsanspruch hat er nicht (431).

---

(426) Ehlermann a.a.O. 54; Hamann BB 1962, 506.

(427) Bellstedt DÖV 1961, 161; Hamann BB 1962, 505; Stern DÖV 1961, 325; a.A. Ehlermann a.a.O. 90.

(428) s.o.S. 105 f. (429) s.o.S. 103 f. (430) Ipsen, Gleichheit 132.

(431) Vergl. auch den Bericht von Dressler (NJW 1961, 1664) über das Referat von Fuss auf dem deutsch-französischen Juristentreffen 1961, wo auf die mögliche Freiheitsverletzung durch Subventionierung des Konkurrenten hingewiesen wird. In Ermangelung eines Anspruches auf Subvention müsse eine

933. Der Plangewährleistungsanspruch

Ipsen hat es unternommen, dem nicht berücksichtigten Anwärter auf eine staatliche Hilfeleistung einen Ersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Plangewährleistung zuzusprechen (432). Er geht dabei von der Tatsache aus, daß eine staatliche Kreditaktion nicht vom Staat hinter verschlossenen Türen beschlossen wird, um dann eines Tages auf die überraschten Empfänger herabzuregnen, sondern daß jede staatliche Unterstützungsaktion aufgrund von Verhandlungen mit den interessierten Kreisen zustande kommt. Ergebnis dieser Verhandlungen ist ein Plan, der die vom Staat und den beteiligten Kreisen zur Erreichung des angestrebten Sozialordnungsziels zu treffenden Maßnahmen enthält, darunter auch die staatliche Kreditgewährung. Ausschlaggebend ist aber die "Erkenntnis, daß jede Lenkung und Planung ein zweiseitiges Rechtsverhältnis entstehen läßt, dem auf beiden Seiten Rechte und Pflichten entwachsen" (433). Daraus ergibt sich eine "Pflicht des Staates, der von der Planung betroffenen und zu bestimmten Risiken veranlaßten Wirtschaft gegenüber für eine Innehaltung, Durchführung und ordnungsgemäße Abwicklung des Planes einzustehen, bei Widerruf, Änderung oder unvorhergesehener Beendigung des Planes "Planungsschäden" zu ersetzen (434). Parallel zur Lehre vom Widerruf begünstigender Verwaltungsakte wird daher dem Bürger, der im Vertrauen auf die Beständigkeit eines Planes etwas "ins Werk gesetzt hat", ein Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens zugesprochen.

Für die Lage eines von einer staatlichen Kreditaktion aus irgend einem Grunde Ausgeschlossenen bringt die Konstruktion des Plangewährleistungsanspruches keine Veränderung mit sich, so daß die Frage am Platze ist,

---

Lastenausgleichung auch für den Fall erwogen werden, daß Erfordernisse des Gemeinwohls den Eingriff in die Freiheit rechtfertigen.

(432) Ipsen VVdStRL 11, 129 und JZ 1952, 761; erstmals hat Ipsen diese Auffassung 1950 in einem unveröffentlichten Gutachten über die Auswirkungen der Liberalisierung der Fettwirtschaft auf die Rechtslage der Oelmühlen vertreten (zit. bei Ehlermann a.a.O. 66); ihm folgend Krüger, Auflage 382, Anm. 10, und 455; Zuleeg a.a.O. 107.

(433) Ipsen VVdStRL 11, 129.

(434) Ipsen JZ 1952, 761.

ob mit der Einschaltung eines Planes in das Verfahren der staatlichen Kreditgewährung mehr gewonnen ist als die Einführung eines neuen, unscharfen Begriffes.

Ist ein Kreditbewerber schon bei Zustandekommen der Kreditaktion, also bei der "Planfeststellung", nicht als potentieller Kreditempfänger gesehen worden, so vermag ihm auch der Plangewährleistungsanspruch nicht zu seinem Kredit zu verhelfen, da es an der Einbeziehung in den "Plan" fehlt, von einem zweiseitigen Rechtsverhältnis aus dem für beide Parteien Rechte und Pflichten entstehen, also keine Rede sein kann.

Gehört der abgewiesene Kreditbewerber dagegen zum Kreis der möglichen Empfänger, so ist es unzulässig, auf dem Umweg über einen Plangewährleistungsanspruch einen Anspruch des Bürgers und eine Bindung der Verwaltung zu konstruieren, nachdem in die Rechtsgrundlage eine solche Bindung aus guten Gründen nicht aufgenommen wurde. Im übrigen tut auch der Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, insbesondere durch Gleichbehandlung, die gleichen Dienste, die ein Plangewährleistungsanspruch tun könnte, er verhindert, daß Einzelne ohne sachliche Gründe von der staatlichen Begünstigung ausgeschlossen werden.

Kommt schließlich ein Einzelner deshalb nicht in den Genuß des staatlichen Kredits, weil in der Zwischenzeit die Rechtsgrundlage aufgehoben wurde, so ist der Plangewährleistungsanspruch nicht geeignet, ihm praktisch den Kredit doch noch zu verschaffen. Bis heute ist der Satz unbestritten, daß der Einzelne keinen Anspruch auf die Fortgeltung einer ihm günstigen Gesetzgebung hat, auf die er sich eingestellt hat und aufgrund derer er seine Dispositionen getroffen hat (435). "Wer seine geschäftlichen Maßnahmen auf den jeweiligen Stand der allgemeinen Gesetzgebung aufbaut und ohne vertragsmäßige Regelung einer etwaigen Entschädigungspflicht, auch ohne verfassungsrechtliche Gewähr für den Fortbestand der maßgeblichen Gesetze, welche ihm die gewinnbringende Ausnutzung seiner geschäftlichen Unternehmungen erst ermöglichen, seinen Betrieb entsprechend ausgestaltet und auf einen bestimmten Erwerbszweck gerichtete geschäftliche Maßnahmen trifft, übernimmt damit naturgemäß das Wagnis, daß spätere Gesetze, welche die Wirtschaft in dieser

---

(435) Ehlermann a.a.O. 68.

oder in jener Richtung beeinflussen, seine geschäftlichen Pläne stören oder den Forbestand seines Unternehmens vereiteln" (436). Diese Freiheit des Gesetzgebers läßt sich nicht durch die Annahme einer Bindung des Staates an einen von der der Legislative nachgeordneten Verwaltung ausgearbeiteten Plan aushöhlen. Ein solcher Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip ist unzulässig und vermag keinen Anspruch des Bürgers zu begründen.

Die bei der Gewährung staatlicher Kredite auftauchenden Entschädigungsprobleme lassen sich daher mit der Annahme eines Plangewährleistungsanspruchs nicht lösen (437).

---

(436) RGZ 139, 177 (186 f.); ebenso BGH NJW 1953, 582.

(437) Grundsätzliche Bedenken gegen den Plangewährleistungsanspruch bei Ehlermann a.a.O. 69 ff. mit weiteren Nachweisen.

Zusammenfassung

Der auf den vorangegangenen Seiten unternommene Versuch, Tatsachen über das Phänomen der Kreditgewährung durch den Staat an Einzelne zusammenzutragen und aus ihnen Schlußfolgerungen abzuleiten, hängt in seiner Schlüssigkeit von der ständigen Vergegenwärtigung des Grundproblems der gesellschaftlichen Wirklichkeit unserer Zeit, der Ausweitung des Bereiches staatlichen Handelns, ab.

Die politischen und wirtschaftlichen Umwälzungen, denen Deutschland in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts ausgesetzt war, haben den Staat aus seiner herkömmlichen Rolle des bloßen Rechtswahrers in die eines, wenn nicht des entscheidenden Sozialordnungsfaktors getrieben. Die ihm so erwachsene Aufgabe einer Ordnung und Gestaltung der Gesellschaft kann ihrer Natur nach nicht mehr allein mit den Mitteln einer den Bürger repressiv zwingenden Eingriffsverwaltung erfüllt werden, sie hat zur Ausformung der Leistungsverwaltung geführt.

Rechtlich bedeutet dies eine Ausweitung des Feldes der öffentlichen Gewalt, die auch dort ausgeübt wird, wo der Staat als Verteiler für den Einzelnen existenziell wichtiger Leistungen auftritt. Zu ihnen müssen auch die staatlichen Kredite gezählt werden; ihre Vergabe ist daher Ausübung öffentlicher Gewalt und geschieht in den Formen des öffentlichen Rechts.

Bei dem Bemühen, diese generelle Erkenntnis für die Rechtspraxis der staatlichen Kreditverwaltung fruchtbar zu machen, waren es insbesondere vier Probleme, die die Aufmerksamkeit auf sich zogen.

Zunächst erschien es notwendig, die Stellung der in den Vorgang der Kreditgewährung eingeschalteten Kreditinstitute einer Prüfung zu unterwerfen, die dazu führte, sie als Gehilfen der Verwaltung zu qualifizieren, die dem kreditnehmenden Bürger im Rahmen des eigentlichen öffentlichrechtlichen Kreditverhältnisses nicht als selbständig handelnde Organismen gegenüber treten, die aber mit ihm einen privatrechtlichen Bankvertrag über die Verwaltung seiner Einlage, der Kreditsumme, abschließen.

Eine weitere, eingehende Untersuchung galt der Frage des Rechtsschutzes und der Erzwingbarkeit von die Kreditbewilligung belastenden Nebenbestimmungen. Sie zeigte, daß Rechtssicherheit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordern,

diese Nebenbelastungen als selbständig anfechtbare Auflagen zu betrachten, deren Nichterfüllung jedoch nur der Sanktion des Widerrufs der Kreditbewilligung unterliegt.

Die widersprüchliche und der Rechtssicherheit abträgliche Rechtslehre und Rechtsprechung machten es ferner erforderlich, auf die Frage des Rechtsschutzes des Kreditnehmers gegen die verschiedenen im Rahmen des Kreditverhältnisses möglichen und vorkommenden Einzelentscheidungen einzugehen. Aus dem öffentlichrechtlichen Charakter des Kreditverhältnisses folgte insoweit, daß jede derartige Entscheidung dem Adressaten den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

Schließlich war auf dem Gebiet des Haftungsrechts eine Auseinandersetzung mit den Theorien nicht zu umgehen, die dem Staat weitgehende Entschädigungspflichten aus den Gesichtspunkten der Enteignung, des enteignungsgleichen Eingriffs und der Plangewährleistung auferlegen wollen, wenn er einen bewilligten Kredit zurücknimmt oder einen Kredit überhaupt nicht vergibt. Eine Besinnung auf die Sozialordnungsaufgabe dieser nicht durch eigene, erwerbswirtschaftliche Leistung erworbenen Begünstigungen führte dabei zur Zurückweisung dieser Ansprüche.

Alle Überlegungen zur Rechtsnatur des staatlichen Kredits und die aus ihr gewonnenen Ergebnisse stehen vor dem Hintergrund der die deutsche Rechtslehre und -praxis beherrschenden Theorie, die die staatliche Kreditgewährung als ein aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Elementen zweistufig gemischtes Rechtsverhältnis ansieht. Wenn es der vorliegenden Arbeit gelingt, zu einer kritischen Überprüfung dieser Lehre auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit und zu einem neuen Überdenken festgefahrener Positionen anzuregen, so hat sie das gesteckte Ziel erreicht.

Lebenslauf

Am 17. September 1937 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Dr. phil. Dieter Roser, jetzt Oberbürgermeister der Stadt Esslingen am Neckar, und seiner Ehefrau Irmtrud, geb. Strassburg, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nach der Reifeprüfung am 5. März 1956 am humanistischen Georgii-Gymnasium in Esslingen am Neckar begann ich im Sommersemester 1956 in Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft, das ich im Wintersemester 1957/58 und im Sommersemester 1958 an der Universität Hamburg fortsetzte und nach weiteren Studien in Tübingen am 20. Juni 1960 dort mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Nach einem einjährigen Studienaufenthalt am Europa-Kolleg in Brügge trat ich am 1. Juli 1961 als Gerichtsreferendar in den baden-württembergischen Vorbereitungsdienst ein.